

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
NATURE JURIDIQUE
du
CONTRAT de SOUSCRIPTION d'OBLIGATION
et du
CONTRAT D'OBLIGATION
Dans les Sociétés Anonymes

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le Lundi 10 Juin 1907, à 2 heures du soir

PAR

LÉON GUILLAUD

BOURG

Imprimerie du " JOURNAL ", 8, place de l'Hôtel-de-Ville, 8

1907

NATURE JURIDIQUE

du

Contrat de Souscription d'Obligation

et du

Contrat d'Obligation

DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
NATURE JURIDIQUE
du
CONTRAT de SOUSCRIPTION d'OBLIGATION
et du
CONTRAT D'OBLIGATION
Dans les Sociétés Anonymes

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le Lundi 10 Juin 1907, à 2 heures du soir

PAR

LÉON GUILLAUD

BOURG

Imprimerie du " JOURNAL ", 8, place de l'Hôtel-de-Ville, 8

1907



UNIVERSITÉ DE LYON

Faculté de Droit

MM.

CAILLEMER (E.), C. ✱, I. Ⓔ, doyen, professeur de Droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. Ⓔ, professeur honoraire.

GARRAUD, I. Ⓔ, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. Ⓔ, professeur de Droit romain.

FLURER, I. Ⓔ, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

THALLER, I. Ⓔ, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. Ⓔ, professeur honoraire.

COHENDY, ✱, I. Ⓔ, professeur de Droit commercial.

PIC, I. Ⓔ, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), A. Ⓔ, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. Ⓔ, professeur d'Histoire du Droit.

BOUVIER, A. Ⓔ, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, A. Ⓔ, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, A. Ⓔ, professeur de Droit civil.

BROUILHET, A. Ⓔ, professeur d'Economie politique.

HUVELIN, professeur de Droit romain.

LÉVY, A. Ⓔ, agrégé (Droit privé et Droit criminel).

GONNARD, agrégé (Sciences économiques).

BECQ, I. Ⓔ, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

MM.

BOUVIER, A. Ⓔ, professeur : *Président*.

CAILLEMER (E.), C. ✱, I. Ⓔ, doyen	} <i>Assesseurs.</i>
GARRAUD, I. Ⓔ, professeur	



BIBLIOGRAPHIE

- Aubry.** — *Des obligations émises par les Sociétés, l'Etat, les Départements, les Communes*, Thèse pour le doctorat, Dijon, 1891.
- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, Paris, tome IV, p. 284, et s., p. 598 et 628.
- Baudry-Lacantinerie.** — *Précis de droit civil*, Paris, tome II, p. 482 et s., 556 et s. ; tome III, p. 557 et s.
- Beauregard.** — *La Législation sur les obligations*, dans *l'Economiste français*, du 14 décembre 1889, p. 727.
- Berr.** — *Des obligations émises par les Sociétés, les Communes, les Départements et l'Etat*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1880.
- Boistel.** — *Précis du cours de droit commercial*, Paris, p. 171.
- Boucaud.** — *Des assemblées d'obligataires dans les Sociétés anonymes*, Thèse pour le doctorat, Lyon, 1902.
- Deloison.** — *Traité des Sociétés commerciales françaises et étrangères*, Paris, 1882, tome I, p. 346 et s.

Traité des valeurs mobilières françaises et étrangères et des opérations de Bourse, Paris, 1890, p. 135.

Demolombe. — *Cours de Code civil*, Paris, 1845-1882, tome XXIV, n° 20 et s.

Consultation en faveur des porteurs d'obligations de la Compagnie des chemins de fer nantais, rapportée sous C. Caen, 10 août 1882, Sirey, 1883, 2, 115.

Duranton. — *Traité des contrats et des obligations en général*, Paris, 1819-1820, tome XVII, n° 556.

Dutruc et Laroque-Sayssinel. — *Formulaire général des faillites et banqueroutes*, Paris, 1892.

Epine (de l'). — *De l'emprunt par voie d'obligations*, Thèse pour le doctorat, Caen, 1883.

Geny. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899.

Guillery, J. — *Des Sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, Bruxelles, 1882.

Guillouard. — *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, Paris, 1892. Voir Prêt, p. 9 et s.

Houpin, C. — *Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1899, tome I, p. 334.

Juglar, H. — *De la situation des obligataires au cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la Société*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1894.

Laurent. — *Principes de droit civil*, Bruxelles et Paris, 3^e édition, 1878, tome XXVI, n° 453 et 454.

- Le Courtois.** — *Le remboursement anticipé des obligations des Compagnies de chemins de fer et la loi du 5 septembre 1807*, dans *La France Judiciaire*, revue bi-mensuelle, années 1879-1880.
- Lenfantin.** — *Des obligations émises par les Sociétés*, Thèse pour le doctorat, Paris 1882.
- Lévy-Ullmann, Henri.** — *Des obligations à primes et à lots*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1895.
- Lyon-Caen et Martini.** — *Consultation en faveur de la Compagnie des chemins de fer de la province de Santa-Fé*, Paris, 1892.
- Lyon-Caen et Renault.** — *Traité de droit commercial*, Paris, tome II, p. 368 et s.
- Namur.** — *Le Code de commerce belge révisé*, Bruxelles, 1876.
- Pardessus.** — *Cours de droit commercial*, Paris, 1821-1825, n° 409.
- Planiol.** — *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, tome II, p. 325 et s., et p. 639 et s.
- Poissonnier, Louis.** — *Du groupement des obligataires dans les Sociétés*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1905.
- Pont, Paul.** — *Petits contrats*, Paris, 2^e édition, 1877-1878, n° 136 et s.
- Ruben de Couder.** — *Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime*, Paris, 3^e édition, 1877-1881. Voir Prêt, n° 7 et s.
- Saleilles, Raymond.** — *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, Paris, 1890, p. 325, n° 292.
- Thaller.** — *Traité de droit commercial*, Paris, 1900, p. 376, n° 710 et s.

Construction du droit des obligataires sur la notion d'une Société qui existerait entre eux, dans les Annales de droit commercial, 1894, p. 65 et s.

Troplong. — *Droit civil expliqué*, Paris, 1833-1855.
Voir Prêt, n^{os} 6 et s.

Vassal. — *Des emprunts des Départements, des Communes et accessoirement des Etablissements publics*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1893.

Vavasseur, A. — *Traité des Sociétés*, Paris, 4^e édition, 1892, p. 357 et s.

Vos et M. Van Meenen (ad de). — *Commentaire des lois du 18 mai 1873 et du 22 mai 1886 sur les Sociétés commerciales*, 3 volumes, Bruxelles, 1898.

Worms. — *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1891.

PÉRIODIQUES ET RÉPERTOIRES

Annales de droit commercial, année 1894, p. 65 et s.
Dalloz alphabétique, supplément. Voir Société, n^o 880 et s.

— *périodique.*

Fuzier-Hermann. — Voir Société, n^{os} 2542 et s.

Journal Officiel.

Labori. — Voir Société, n^{os} 464 et s.

La France Judiciaire, années 1879-1880.

Sirey périodique.

INTRODUCTION

L'un des plus féconds enseignements de l'Ecole historique est d'avoir mis en lumière les perpétuelles transformations de la vie juridique.

On a pu croire longtemps que le droit était immuable. Personne ne doute aujourd'hui que le droit est essentiellement une science d'évolution.

Les besoins nouveaux ont de telles exigences, qu'ils créent de toutes pièces, s'ils ne peuvent se développer suffisamment en s'adaptant aux institutions établies, ou même en les modifiant.

Le législateur ne peut tout prévoir. En lui supposant la connaissance la plus approfondie de son époque et de la science actuelle, il ne peut prévoir les progrès des temps futurs, et les combinaisons nouvelles qui, par le simple jeu des facultés de la vie, viendront se joindre à celles existantes.

Aussi n'est-ce pas à la vie sociale à se plier devant la théorie juridique, c'est cette théorie qui doit s'accommoder des exigences de la vie.

Il faut tenir compte du développement spontané du droit. Les jurisconsultes peuvent expliquer et coordonner les solutions juridiques ; ils ne peuvent les déterminer.

Sans doute, les dispositions positives sont nécessaires, car elles donnent au droit pratique la fixité qui seule permet aux hommes de traiter entre eux.

Mais elles doivent laisser jour aux combinaisons nouvelles. Et lorsqu'un mécanisme nouveau apparaît, il ne faut pas le condamner dès l'abord, à cause de sa nouveauté même, lorsque, dans son fonctionnement, il respecte les lois en vigueur et les intérêts légitimes.

Notre législation sur les sociétés par actions peut être citée comme un exemple topique de ce phénomène d'activité juridique spontanée. Sans cesse remaniée, elle est toujours inachevée; et les lois de 1867 et de 1893, faites avant tout pour protéger les actionnaires en précisant leurs droits et leurs devoirs, sont encore muettes sur les droits et les devoirs des obligataires.

Et pourtant, pour avoir une origine récente, les obligations sont aujourd'hui fort répandues dans le public. C'est vers la fin du XVIII^e siècle que furent faits les premiers emprunts, divisés en titre au porteur, par les associations de propriétaires de la Sibérie, de la Poméranie et de la Prusse. En France, on peut signaler en l'an VI des obligations émises par des banques foncières, telles que la banque territoriale et la banque immobilière. En 1815, l'Etat français émet des obligations gagées sur les biens domaniaux, remboursables au bout de trois ans et productives de huit pour cent d'intérêts. C'est de 1817 que datent les premières obligations de la Ville de Paris, et de 1832 ses premières obligations à lots proprement dites. Mais c'est surtout avec les institutions de Crédit Foncier et les Compagnies de chemins de fer que se sont développées les obligations.

C'est ainsi que les Compagnies de chemins de fer ont émis, en France, pour plus de dix-sept milliards

d'obligations, alors que leur capital-actions n'atteint pas deux milliards, et que le Crédit Foncier, avec un capital-actions inférieur à deux cents millions, a créé pour plus de cinq milliards d'obligations foncières ou communales.

D'une façon générale, depuis le milieu du siècle dernier, cette catégorie de titres a constamment progressé, et toutes les sociétés d'une certaine importance émettent aujourd'hui des obligations, si bien que l'on peut dire, sans crainte d'être taxé d'exagération, que le marché des obligations est d'une conséquence au moins égale à celui des actions.

Quelle raison d'être d'un succès si rapide ? C'est que lorsqu'une société veut demander de l'argent au public dans un but quelconque, notamment pour agrandir son champ d'opération, ou pour reconstituer son capital, il lui est généralement bien plus facile et bien plus avantageux d'effectuer un emprunt sous forme d'émission d'obligations, que d'augmenter son capital par l'émission d'actions nouvelles. En effet, d'une part, l'assemblée générale des actionnaires primitifs sera souvent hostile à l'émission d'actions nouvelles, parce que les anciens actionnaires devant partager les bénéfices avec les nouveaux, pourront craindre de voir diminuer leurs dividendes, tandis que la société ne s'engagera à payer aux obligataires que l'intérêt du capital prêté ; d'autre part, le placement des obligations se fera plus facilement que celui des actions, certains capitalistes préférant la situation d'obligataires, c'est-à-dire de créanciers avec un intérêt fixe et souvent des garanties hypothécaires, à celle d'actionnaires qui est toujours aléatoire, les bénéfices pouvant ne pas permettre la distribution d'un dividende.

Il semblerait dès lors qu'une matière aussi vaste et

d'une application aussi fréquente soit réglée par une loi spéciale bien précise. Il n'en est rien. Le code de commerce n'y a pas songé, et, en 1867, on n'y pensa pas davantage, bien que les obligations fussent déjà très répandues. Les fraudes sont malheureusement bien faciles, le régime des obligations étant aujourd'hui chez nous la liberté presque complète, par suite de l'absence de loi positive.

On a pourtant essayé de régler les obligations ; mais aucun des projets de loi déposés en ce sens ne devait aboutir : en voici l'historique.

En 1883, au lendemain de krachs nombreux et retentissants, un projet de loi élaboré par une commission extraparlamentaire, fût déposé le 6 décembre à la tribune du Sénat ; il contenait un titre spécial pour les obligations ; voté par le Sénat le 29 novembre 1884, il ne devait jamais être discuté par la Chambre (J. Off. Sénat, Doc. parlam., sess. extraord. de 1883, Ann. n. 72, et Déb. parlam. des 28, 29 et 30 nov. 1884).

En 1886, proposition de M. le député Brice (J. Off. Chambre, Doc. parlam., sess. de 1886, Ann. n. 1180, p. 968 et 986). En 1893, proposition de MM. Montaut et Gerville-Réache en vue de donner des moyens de défense et de contrôle aux obligataires de la Compagnie en liquidation du canal de Panama (J. Off. Chambre, Doc. parlam., sess. extraord. de 1893, Ann. n. 188, p. 236).

En 1894, proposition de MM. Calvinhac et Pétrot, tendant à donner aux obligataires le droit de participer dans une certaine mesure à l'administration des sociétés (J. Off. Chambre, Doc. parl., sess. extraord. de 1897, Ann. n. 2859, p. 236).

Enfin la commission extraparlamentaire instituée le 22 juin 1902 pour examiner les réformes à apporter

aux lois de 1867 et de 1893, a fait déposer par le ministre de la justice, sur le bureau de la Chambre, le 4 juillet 1903, un projet de loi spécial sur les obligations et les parts de fondateurs.

Mais de tous ces efforts parlementaires ou extraparlimentaires, aucune loi n'est sortie, tant il est vrai que les membres de nos Chambres songent plus à faire de la politique, qu'à remplir le but principal de leur mission, qui est de légiférer.

Ces projets d'ailleurs étaient tous incomplets, et s'attachaient uniquement à empêcher, par une réglementation plus ou moins logique suivant le système proposé, les abus nombreux pouvant résulter de l'émission des obligations. Mais aucun ne contenait une théorie complète sur la matière, et tous, soit dans leur exposé de motifs, soit dans leurs articles, étaient muets sur la question que nous nous proposons d'étudier : celle de la nature du droit de l'obligataire, soit dans le contrat de souscription d'obligation, soit dans le contrat d'obligation lui-même ; nous venons d'indiquer ainsi la division de notre travail en deux parties.

La doctrine et la jurisprudence, ces deux principaux facteurs de la politique juridique, seront donc nos guides les plus sûrs dans cette étude, avec les principes généraux du droit civil et du droit commercial.

Des obligations peuvent être émises par des personnes différentes. Ce sera le plus souvent une société ; mais ce pourra être aussi une personne morale ou encore, mais plus rarement en fait, un particulier.

Pour bien délimiter le sujet de notre étude, nous indiquerons de suite que nous envisagerons seulement les obligations de la première sorte, celles qui sont émises par les sociétés ; et, pour raisonner *de eo quod*

plerumque fit, nous viserons le cas d'une société anonyme.

Nous laisserons donc de côté les obligations émises par une personne morale du droit public, telle qu'un Etat, une ville ou un établissement public ; nous n'examinerons pas non plus l'hypothèse où c'est un particulier ou une société autre qu'une société anonyme qui a émis des obligations. Ce serait s'exposer à se répéter inutilement, et il nous suffira, pour être complet autant que possible, de signaler les différences qui, dans ces cas, peuvent exister dans la nature juridique soit du contrat de souscription d'obligation, soit du contrat d'obligation.

PREMIÈRE PARTIE

NATURE JURIDIQUE

du Contrat de Souscription d'Obligation

PREMIÈRE SECTION

NAISSANCE DU CONTRAT

Lorsqu'une société s'est fait autoriser à contracter un emprunt par voie d'obligations pour un chiffre déterminé et à des conditions arrêtées, le plus important et parfois le plus difficile reste à faire : il faut placer ces obligations : c'est le but de l'émission.

L'émission des obligations se fait de la même façon que celle des actions ; les sociétés ont la liberté la plus complète pour choisir le procédé le plus avantageux.

Une société puissante et dont le crédit est bien établi, ouvre de préférence une souscription publique. Elle envoie partout des prospectus qui indiquent les conditions de la souscription et les établissements où l'on peut souscrire. Aux prospectus se joignent les

affiches, les annonces et les articles de journaux. Nul n'ignore le rôle prépondérant de la presse dans toutes les émissions publiques : une société avisée sait toujours s'assurer son concours, au pis aller sa bienveillante neutralité.

On comprend néanmoins que toutes les sociétés ne peuvent pas recourir à ce procédé : car si le succès donne un nouvel éclat au crédit de la société, un échec lui porte un coup terrible, parfois même fatal. Le second mode d'émission permet à la société d'éviter ce danger.

La société s'adresse à un ou plusieurs financiers qui souscrivent tous les titres. Le succès de l'émission est donc assuré, et à ce point de vue, il importe peu à la société que ces financiers trouvent des difficultés plus ou moins grandes pour jeter leur « paquet » dans le public. Mais ce procédé est onéreux. Outre les frais de publicité, la commission déduite sur le prix de chaque titre est souvent élevée, et l'est d'autant plus que le placement en est plus incertain.

Les grandes Compagnies de chemins de fer emploient un système spécial dit « vente au robinet. » Elles vendent à la Bourse et aux guichets de leurs principales gares des obligations au cours du jour. Elles font ainsi leurs emprunts quand le besoin s'en fait sentir, et elles ont immédiatement l'emploi des fonds. Ce mode d'émission ne peut être qu'exceptionnel pour les autres sociétés. Il faut un marché aussi étendu que celui des obligations de chemins de fer pour qu'on puisse ainsi jeter sans cesse des titres dans la circulation, sans en avilir le prix.

Tels sont les trois procédés usuels d'émission des obligations. Il suffit de signaler pour mémoire le système de l'adjudication publique, inconnu chez nous,

et employé seulement à l'étranger dans certaines colonies : l'emprunt est mis en bloc en adjudication entre financiers qui font leurs offres sous pli cacheté, et il est adjugé à ceux qui font les conditions les meilleures. D'ailleurs ce procédé est au fond identique au deuxième que nous avons indiqué, avec cette seule différence que, dans un cas, le choix et les conditions des financiers sont déterminés par l'adjudication, tandis que dans l'autre, ils le sont par des conventions amiables.

*
**

Cet exposé des moyens employés par la pratique pour arriver à la souscription du capital obligation, était indispensable pour bien comprendre les opérations juridiques intervenues entre la société, d'une part, et ceux qui souscrivent, d'autre part.

Dans tous ces cas, il y a pollicitation de la part de la société ; elle offre au public, aux capitalistes, la faculté de recevoir leur argent contre la remise d'un titre qui constatera leur créance, et leur donnera droit au remboursement, suivant les conditions déterminées, et en attendant, à un intérêt fixe.

Comment le contrat naîtra-t-il ?

Point de difficultés pour le système de la vente au robinet. Les titres étant, dans ce cas, livrés à guichet ouvert, contre remise immédiate des fonds, le contrat est parfait, définitif, au moment où il se forme. Il n'y a aucune autre opération juridique antérieure ; un seul contrat intervient et est suffisant. Il n'y a point de contrat de souscription distinct du contrat d'émission. Sans doute, diverses théories ont été émises au sujet de la nature du contrat ainsi intervenu ; nous les étudierons plus loin, mais, dès à présent, nous

pouvons dire, et ce sera la conclusion de notre étude postérieure, que le contrat ainsi devenu immédiatement définitif, est un contrat de prêt à intérêt.

S'il s'agit du second procédé d'émission, il faut distinguer. Les financiers qui veulent verser à la société tous les capitaux qu'elle sollicite par l'émission d'obligations, pour replacer avec bénéfices, auprès de leur clientèle, les titres qu'ils ont obtenus pour la constatation de leurs droits, entrent en pourparlers avec la société ; et souvent, lorsque ces pourparlers ont bien précisé les conditions de l'opération, ils versent immédiatement les fonds contre remise des titres. Le contrat de prêt est donc aussi de suite définitif. Mais quelquefois l'opération est plus longue et plus difficile, et les financiers se bornent à s'engager vis-à-vis de la société à lever les titres à une époque déterminée et à un prix déterminé. Dans ce cas, il y a un contrat bien distinct du contrat définitif d'obligation.

C'est ce qui arrive pour le premier système d'émission que nous allons étudier plus à fond que les autres, étant plus intéressant.

Lorsqu'une société, pour une émission d'obligations fait appel au public, la libération de l'obligation ne s'effectue pas au jour de l'émission. Soit pour échelonner ses ressources pécuniaires, soit dans l'espoir de faciliter le placement de ses obligations en facilitant le prêteur, l'emprunteur stipule d'ordinaire dans les prospectus d'émission, que ceux qui voudront devenir obligataires n'auront pas à verser immédiatement le montant intégral de la somme qu'ils veulent prêter ; ils ne devront que s'engager, en signant un bulletin de souscription, à en verser le montant à une date ultérieure, ou si, en souscrivant, ils versent une certaine somme, un à-compte, ils s'engagent à verser le

complément en une ou plusieurs fois à des époques fixes et précises. L'acte par lequel une personne s'engage, pour avoir une ou plusieurs obligations, à verser ainsi les sommes nécessaires à cet effet, est ce que l'on appelle la souscription.

Quelle est la nature de cet acte ?

DEUXIÈME SECTION

NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT

Si l'on s'en tient à l'expression vulgaire et courante, on dira que c'est un prêt. Le mot « prêt » a, en effet, dans le langage usuel, une signification plus large qu'en droit. Il s'entend même des engagements qui, sans avoir pour base un emprunt proprement dit, sont de nature, quelle qu'en soit la cause, à créer une dette payable en monnaie ou autres choses fongibles. En effet, lorsque des commerçants font entre eux un compte de leur situation réciproque par suite de fournitures de marchandises, de droit de commission ou dans tous autres cas semblables, si celui qui doit par le résultat de ce règlement, ne solde pas en effectif, il se reconnaît débiteur de la même manière que s'il avait réellement emprunté. Ainsi donc et encore le prêt ne s'opère pas seulement par la remise d'une somme d'argent livrée par le prêteur à l'emprunteur, mais aussi et le plus souvent par l'ouverture d'un crédit, par l'acceptation et le paiement de lettres de change, mandat ou autres billets de commerce, enfin par des avances faites en compte courant ¹.

¹ Ruben de Couder, voir *Prêt*, 7 à 9 — Pardessus, n° 409 — Dutruc, Devilleneuve et Massé, *Contentieux commercial*. Voir *Prêt*, n° 4.

Mais en droit, on ne saurait considérer le fait de souscrire à une émission d'obligations comme un prêt ; car le contrat de prêt n'existe que lorsqu'il y a eu numération d'espèces ; il n'est parfait qu'après la livraison, et c'est pour cela qu'il fait partie des contrats réels : *re perficitur*. Ce caractère ressort suffisamment de l'article 1892 du code civil : « Le prêt de
« consommation est un contrat par lequel l'une des
« parties livre à l'autre une certaine quantité de choses
« qui se consomment par l'usage, à la charge par cette
« dernière de lui en rendre autant de même espèce et
« qualité. »

Pour que le contrat de prêt se forme, il est donc nécessaire que la tradition à l'emprunteur, en notre cas, à la société qui emprunte par voie d'émission d'obligations, des sommes prêtées ait eu lieu. Mais, remarquons-le, pour qu'il y ait tradition, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu livraison matérielle effective. Il y a lieu d'appliquer par analogie les règles posées par l'article 1606 du code civil pour la vente ; et il est suffisant pour que le prêt ayant pour objet de l'argent, comme d'ailleurs pour que celui portant sur des choses consommables ou plutôt fongibles, puisse se former, que l'emprunteur ait réellement la disposition de cet argent ou de ces choses. Il s'ensuit que, lorsqu'une personne déjà détenteur de deniers, qui lui ont été confiés à titre de dépôt, les conserve par une convention nouvelle à titre de prêt, le prêt est formé du moment où cette convention est intervenue. De même encore, la convention par laquelle il est arrêté qu'un individu débiteur envers un autre de diverses sommes à titre de mandat, devra désormais ces mêmes sommes à titre de prêt, renferme aussi une tradition feinte, suffisante pour la constitution du prêt de consommation.

Ce sont des cas de tradition *brevi manu* ; cela dit pour bien préciser la notion de la tradition.

Toute convention de prêt non encore accompagnée de la tradition réelle ou feinte dont nous venons de parler, ne constitue donc pas un prêt, mais une simple promesse de prêt ¹. C'est ainsi que nous qualifierons juridiquement l'acte du souscripteur, qui ne fait pas autre chose en souscrivant à une émission, que de s'engager vis-à-vis de l'émettant à effectuer les versements dans les conditions déterminées par les prospectus d'émission. Et cette promesse de prêt ainsi formulée doit être considérée comme suffisante pour obliger l'individu qui l'a émise.

Chez les Romains, il en était autrement, car le principe général était que le consentement des parties ne suffit pas pour rendre une convention civilement obligatoire : à l'exception d'un petit nombre de contrats, la vente, le louage, la société, le mandat, qui se forment *solo consensu*, il faut pour les autres une condition additionnelle et spéciale, sans laquelle la convention, dépourvue de force obligatoire, demeure à l'état de simple pacte. Voilà comment on disait que les autres contrats se forment *re, verbis* ou *litteris*, pour exprimer que, en outre du consentement des parties, il faut soit la tradition d'une chose, soit la solennité des paroles ou la stipulation, soit l'emploi de l'écriture ; et c'est cet élément de la formation du contrat, que les jurisconsultes romains, ou plutôt, peut-être, les commentateurs désignent sous la dénomination de *causa*, ou comme disent la plupart, *causa civilis*, dénomination toute historique et très remarquable, qui exprime scientifiquement fort bien le caractère particulier de

¹ Lyon-Caen et Renault. *Traité II*, n° 562, p. 369.

cette condition, qui en transformant le pacte en contrat, devient la cause efficiente des obligations qui en résultent.

C'est ainsi que le *mutuum*, le prêt de consommation, est un contrat qui se forme *re*.

Mais remarquons-le bien, il ne faut pas entendre cette expression, comme nous l'entendons en droit français.

Sans doute le *mutuum* est, en droit romain, un contrat réel, en ce sens que l'obligation de l'emprunteur étant de rendre, ne peut naître qu'après qu'il a reçu.

Mais telle n'est pas la signification latine et technique de ces mots, que le *mutuum* est un contrat qui se forme *re* : ce qui en résulte, ce n'est pas seulement que le contrat de *mutuum* ne s'accomplit que par la numération des espèces, c'est qu'il n'y a pas même de contrat avant cette numération ! C'est enfin que la convention de prêter n'est pas obligatoire et n'engendre aucune action, par laquelle la partie qui s'est obligée à faire un prêt, puisse y être contrainte juridiquement !

Si telle est la doctrine romaine, toute différente est la doctrine française.

Le principe, chez nous, c'est que les contrats se forment par le seul consentement des parties (articles 1101, 1108, 1134 du Code civil), et notre droit n'exige aucune condition additionnelle, pour que la convention soit civilement obligatoire. Sans doute, nous avons aussi des contrats réels, en ce sens que certains contrats sont tels qu'ils ne peuvent naître avec le caractère propre qui les constitue, qu'autant qu'il y a eu tradition de la chose à laquelle ils s'appliquent : tel est le cas du contrat de prêt. Mais à la différence du droit romain, la convention par laquelle une personne s'en-

gage à prêter à une autre une somme déterminée, sera obligatoire ; car si ce n'est pas un contrat de prêt, l'accord des volontés a fait naître néanmoins un contrat, un contrat innommé, il est vrai, mais un contrat engendrant une obligation de faire sanctionnée par le droit.

Le souscripteur n'est donc pas à proprement parler un prêteur : ce n'est qu'un futur prêteur, mais un futur prêteur qui est lié par la promesse de prêt qu'il a faite.

*
* *

Notre raisonnement sur le caractère réel du contrat de prêt et sur l'existence légale de la promesse de prêt, et notre conclusion faisant application de ces principes au contrat de souscription d'obligation, ne peuvent, semble-t-il, soulever aucune difficulté. Et pourtant certains auteurs n'ont pas admis sans restriction cette doctrine qui subordonne la formation du prêt à la livraison de choses prêtées. D'après eux, le contrat de prêt se formerait abstraction faite de toute tradition, et cesserait par suite de constituer un contrat réel, lorsque du moins il s'applique à une chose déterminée. Il importe pour nous de bien préciser et de réfuter leur argumentation, car le contrat qui nous occupe portant sur une somme d'argent, c'est-à-dire sur un objet déterminé, si l'on devait admettre leur raisonnement, nous serions obligé de dire que le contrat de souscription d'obligation, n'est pas une promesse de prêt, mais bien un prêt consensuel.

On a voulu, en effet, concilier les articles 1892 et 1893 avec l'article 1138 du Code civil, et dire que le prêt n'est pas un contrat réel. D'après l'article 1138 « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul

« consentement des parties contractantes. Elle rend le
« créancier propriétaire et met la chose à ses risques
« dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la
« tradition n'en ait point été faite, à moins que le dé-
« biteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la
« chose reste aux risques de ce dernier. »

Cette disposition, dit un excellent jurisconsulte ¹, s'applique au prêt de consommation, partant au prêt d'argent. En effet le prêteur s'oblige à livrer dans la vue de rendre l'emprunteur propriétaire de la chose, il y a donc obligation de livrer : cette obligation se parfait par le seul consentement des parties contractantes ; l'emprunteur devient ainsi propriétaire dès l'instant où il y a concours de consentement : la tradition n'est pas nécessaire. Le prêt ne saurait donc être un contrat réel, quand il a pour objet des choses déterminées, car il existe, et la propriété est transférée à l'emprunteur avant toute tradition, dès l'instant où il y a engagement, promesse de prêter. Il ne peut donc y avoir de promesse de prêter une chose déterminée valable en tant que simple promesse, et si l'article 1589 du Code civil dit que « la promesse de vente vaut vente », il faut dire aussi que la promesse de prêt vaut prêt. Appliquant ces principes à la souscription d'obligations, nous serions obligé de décider que le contrat de souscription est un prêt, car la promesse de prêt vaudrait prêt.

Heureusement les partisans de cette théorie sont restés peu nombreux, et la plupart des auteurs se sont prononcés contre cette interprétation. Elle est en opposition avec les textes, ce qui suffit pour la faire repousser. D'après l'article 1892, la livraison ou la tra-

¹ Voir Duvergier, n° 146.

dition est une condition essentielle pour qu'il y ait prêt : la loi ne distingue pas si le prêt a pour objet des choses déterminées comme une somme d'argent, ou des choses indéterminées. On ne conçoit de prêt que lorsqu'il y a tradition ; car les choses sont livrées à l'emprunteur pour qu'il les consomme. Or, peut-il consommer des choses qu'il ne possède pas ? Cela est impossible. L'emprunteur de sommes d'argent doit rendre ce qu'il a reçu. Mais comment rendra-t-il ce qu'il n'a pas reçu ?

Et puis l'article 1138 n'est pas applicable aux contrats réels. Il dit que l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire. Cela suppose un contrat par lequel le débiteur s'engage à transférer la propriété, par exemple : la vente, l'échange, la société, qui tous sont des contrats consensuels, et sont parfaits par le seul consentement. C'est pour cela que les auteurs du code en ont conclu que le concours des consentements devait aussi suffire pour la translation de la propriété, tel étant l'objet du contrat. Mais il n'en est pas de même des contrats réels ; ils ne se parfait pas par le seul consentement. Raisonnons sur le prêt. L'article 1138 tranchant la question de savoir si le contrat, étant donné qu'il est parfait par le consentement, transférera la propriété de la chose par l'effet de ce consentement, ne peut recevoir son application au prêt, car le prêt ne se parfait pas par le consentement, il faut que la chose soit livrée. En d'autres termes, étant donné que le prêt n'existe que par la tradition, mais que dès qu'il existe, la propriété est transférée à l'emprunteur ; on ne saurait dire que la propriété lui est transférée par le seul consentement avant toute tradition.

Il est donc inexact de dire que la promesse de prêt

vaut prêt. Le prêt n'est pas un contrat consensuel, mais bien un contrat réel. Il en résulte que comme nous l'avons déjà dit et exposé, la promesse de prêt que contient la souscription d'obligation, vaut bien en tant que promesse de prêt, et ne se change pas en prêt au moment même où les parties se mettent d'accord, comme les articles 1138 et 1589 le font faire pour la vente.

Mais à quel moment la promesse de prêt ou plutôt le contrat de souscription d'obligation est-il définitif ? A quel moment l'offre de la société pourra-t-elle être considérée comme acceptée ?

On présente au souscripteur un bulletin d'engagement ; il y appose sa signature. Doit-il être considéré dès cet instant comme lié envers la société, ou bien, au contraire, faut-il en outre que la société ait su qu'il agréait les conditions fixées par elle et lui ait notifié sa connaissance de son acceptation.

Il semble que la seule solution rationnelle soit celle consistant à reconnaître le contrat comme existant au moment même de l'apposition de la signature du souscripteur. Ce n'est pas le souscripteur qui a pris les devants, c'est la société qui a fait une offre, une pollicitation : *pollicitatio est solius offerentis promissum*. Celui qui a fait l'offre n'est pas encore obligé, car il ne peut pas se lier par sa seule volonté. Pour que le lien se forme, il faut que celui auquel l'offre a été faite, l'accepte ; le souscripteur accepte au moment où il pose sa signature sur le bulletin de souscription. C'est donc à ce moment que devient parfait et obligatoire le contrat qui les lie, et que nous avons appelé promesse de prêt.

Tel n'est pourtant pas le sentiment de tous les jurisconsultes. Peut-être si la demande était toujours égale

à l'offre, c'est-à-dire si le nombre des obligations souscrites égalait numériquement celui des titres offerts, la question n'aurait-elle jamais été controversée. Mais en fait, rarement un pareil résultat se produira : le plus souvent, ou l'emprunt sera couvert plusieurs fois, ou il aura échoué, et la société n'aura réalisé qu'une partie du capital qu'elle ne proposait d'emprunter. Et alors, dit-on, il faut bien admettre que le contrat ne se forme qu'au moment où la société connaît l'engagement du souscripteur ; autrement, dans le premier cas, un prêteur pourrait avoir accepté une offre qui n'existe plus, et dans le second cas, il se trouverait consentir un prêt qu'il n'aurait jamais fait si la société n'avait demandé, dès l'origine, que le capital réellement souscrit. Telle est la solution de la jurisprudence.

Précisons bien l'hypothèse, et examinons successivement les deux côtés du problème.

L'emprunt n'a pas réussi. La société avait besoin de cinq cent mille francs ; on n'a souscrit que pour trois cent mille francs. Les engagements des souscripteurs sont-ils définitifs ?

Une opinion ¹ refuse de donner une solution fixe, et prétend que l'espèce seule devrait dicter la solution. Ses partisans disent, par exemple, que le souscripteur à une émission du Crédit foncier n'a pas dû subordonner son engagement à l'entier placement de l'emprunt, cette société pouvant être elle-même titulaire de ses propres obligations, et qu'on ne saurait pas davantage admettre une cause tacite de résolution pour les souscriptions aux grandes compagnies de chemins de fer ou encore pour les emprunts des personnes morales publiques, au cas où la totalité de l'émission ne serait

¹ Voir Vavasseur, t. I^{er}, n. 543.

pas souscrite. Toute autre devrait être, d'après eux, la solution à donner au cas où un emprunt d'une compagnie industrielle ou d'une société commerciale, dont le crédit n'est pas très assuré, avorterait en partie. Pourquoi la réussite de l'emprunt aurait-elle été envisagée comme condition de la validité de la souscription dans un cas et non dans l'autre ? Et puis comment apprécier le crédit d'une société, qui est chose essentiellement relative. Un tel système ne saurait être admis : il laisse un trop vaste champ à l'arbitraire.

Une autre opinion voit dans la souscription intégrale de l'emprunt une condition de l'engagement des obligataires. Les jurisconsultes qui soutiennent cette théorie sont nombreux et d'une grande autorité ¹. Ils prétendent à l'appui de leur thèse que chaque obligataire ne s'engage pas comme le ferait un prêteur ordinaire et isolé, et que le concours des personnes qui vont s'obliger comme lui pèse sur sa décision, de même que le nombre de ces personnes. S'il prête ses fonds, c'est parce qu'il seront employés à une entreprise qu'il espère voir réussir, mais qui ne réussira évidemment que si tous les fonds nécessaires sont réunis. Le nombre des obligataires est donc une garantie pour lui ; son engagement est conditionnel, affecté d'une cause tacite de résolution.

La question ne ferait aucun doute si, pour les obligations, nous avions un texte analogue à l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867, exigeant, pour qu'une société par actions puisse se constituer, la souscription

¹ Lyon-Caen et Renault, t. 2, n. 566 ; Houpin, n. 336 ; Thaller, *Ann. de dr. com.*, 1894, t. 2, p. 65 et s. ; Floucaud Penardille, t. 1, n. 232 ; Trib. (Seine), 26 juillet 1885 (*J. La Loi*, 30 oct. 1885).

intégrale du capital social. Mais la loi est muette sur l'émission des obligations, et si la pratique a beaucoup rapproché l'obligation de l'action sur nombre de points, on ne saurait par analogie étendre aux obligations cette disposition spéciale et restrictive. On comprend, au contraire, qu'il faille à ce point de vue établir une différence entre l'actionnaire et l'obligataire, et les raisons logiques qui la justifient, réfutent en même temps celles qui sont données à l'appui de l'opinion précédente. L'actionnaire, souvent, est un spéculateur : mais au moins a-t-il le droit d'exiger qu'on ne change pas les conditions de sa spéculation.

Il veut bien entrer dans la société, mais à la condition d'être sûr de la viabilité de l'affaire. Or, telle affaire, qui peut être viable avec un capital déterminé, peut ne plus l'être, et de fait très souvent ne l'est plus, si le capital prévu n'est pas souscrit. L'obligataire, au contraire, ne poursuit qu'un but, placer ses économies pour toucher un intérêt déterminé, et parfois une prime ou un lot ; mais il se préoccupe fort peu de l'emploi qui doit être fait de son argent, si son placement repose sur des garanties certaines. Il ne prête pas pour faire aboutir une affaire ; il prête pour placer son argent ; et ils sont bien rares les souscripteurs d'obligations qui connaissent l'emploi qui sera fait de leurs capitaux. Peu leur importe dès lors que le capital entier soit souscrit, si les sûretés qu'on leur a promises restent les mêmes. Ces sûretés auront pour lui d'autant plus de valeur que, en cas de liquidation, le nombre des obligataires étant moins grand, chacun d'eux touchera davantage dans la distribution du fonds social, et sera assuré de rentrer intégralement dans ses déboursés. Quant à l'emprunteur, il se contentera

provisoirement des fonds qu'on lui a versés, se réservant d'en demander de nouveaux plus tard, si le besoin s'en fait sentir. Pour nous, le contrat de souscription d'obligations est donc parfait du moment de l'apposition de la signature sur le bulletin d'engagement, alors même que l'émission échouerait en partie. Nous avons pour nous quelques auteurs¹ et la pratique. C'est ainsi notamment que les obligations à lots de Panama ont été à plusieurs reprises remises en émission, et que les titres souscrits n'ont pas été remboursés, bien qu'une fraction importante de l'emprunt n'ait jamais été couverte.

La discussion à laquelle nous venons de nous livrer n'a d'intérêt qu'autant que la question n'a pas été spécialement prévue dans les clauses et conditions de l'émission. Autrement, il est bien évident qu'elle tombe d'elle-même. Et même si les conditions de l'emprunt sont muettes sur le cas de la non souscription intégrale, nous sommes bien obligé de reconnaître que l'intérêt de la question est peu considérable, les cas où une émission d'obligation échouera réellement, étant très peu nombreux. D'ordinaire, en effet, ce sont les sociétés puissantes qui émettent des obligations pour étendre encore le cercle de leurs opérations, et le crédit dont elles jouissent est tel, qu'elles n'éprouvent aucune difficulté pour placer leurs titres dans le public. Et si parfois des sociétés peu connues, et jouissant d'un crédit limité s'aventurent à faire une émission, les promoteurs de l'emprunt ont vite fait de se constituer en syndicat pour compléter eux-mêmes le

¹ Deloison, t. 1, p. 355, p. 258 et note 3 ; Berr, *Des obligations émises par les sociétés, les communes, les départements et l'Etat*, p. 116 ; Lenfantin, *Etude sur les obligations émises par les sociétés*, p. 65.

montant de l'emprunt qui sans cela n'aurait pas été souscrit entièrement. Ils écoulent ensuite leurs titres dans le public, en provoquant même parfois une hausse. Si l'on ajoute enfin qu'il sera très difficile aux obligataires de contrôler la souscription intégrale de l'emprunt, surtout si le système de la vente au robinet est pratiqué, on en arrive à pouvoir dire que la question que nous étudions est presque une hypothèse en fait. Nous ne pouvons en effet rapporter qu'une seule espèce jurisprudentielle où la question a été discutée ¹.

Prenons l'autre alternative, et supposons que l'emprunt soit plusieurs fois couvert. C'est dans cette hypothèse que l'on peut objecter que, si le souscripteur est lié au moment où il a signé son bulletin, sa signature peut avoir été apposée quand l'offre n'existait plus ; qu'en tout cas, il sera obligé de tenir son argent disponible, et que pourtant à la répartition, il ne recevra rien ; que par conséquent, il aura perdu peut-être le placement de ses fonds, et certainement leur revenu pendant un certain temps.

L'inconvénient existe, nous ne le cachons pas ; mais il est inhérent à tous les contrats intervenant *inter absentes*. Jamais, dans ces sortes de contrats, on ne peut obtenir la concordance mathématique des consentements. Au surplus, en pratique, les difficultés disparaîtront presque toujours, car les prospectus d'émission ont bien soin de déterminer les conditions de la souscription. Tantôt il est décidé que, pendant un laps de temps indiqué, les souscriptions seront reçues — et alors elles seront réduites à la réparti-

¹ Trib., Seine. 26 juillet 1885 (J. La Loi. 30 oct. 1885) déjà cité.

tion — ; tantôt on prévient que la souscription sera close aussitôt qu'on aura recueilli un nombre suffisant d'engagements. Mais le cas échéant, rien n'empêcherait la société d'accepter toutes les souscriptions. On est unanime à ce sujet.

*
* *

Pour en terminer avec l'étude de la nature du contrat de souscription d'obligation, nous devons le placer au regard des articles 1102, 1103 et suivants du code civil, qui définissent les différentes espèces de contrats et en donnent une classification.

Nous avons déjà dit que c'est un contrat *innomé*, c'est-à-dire qu'il ne fait pas partie des contrats qui ont été spécialement prévus, dénommés et décrits par le code civil, comme la vente, le louage, le prêt, la société, etc., bien que son existence juridique ne puisse être contestée, en vertu de la liberté des conventions, et qu'aux termes de l'article 1107, il est soumis comme tel à toutes les règles générales des contrats. Mais quoique innomé, après l'avoir analysé, nous avons pu dire, à la suite des auteurs qui l'ont étudié, que c'est une *promesse de prêt*, que nous avons vu être pure et simple et non affectée d'une cause tacite de résolution pour le cas où tous les titres ne seraient pas souscrits.

Cette expression de *promesse de prêt* le caractérise très bien, et nous permet à première vue de le classer dans les contrats unilatéraux définis par l'article 1103 du code civil. Un contrat « est unilatéral, » dit cet article, lorsqu'une ou plusieurs personnes « sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans « que de la part de ces dernières il y ait d'engage-
« ment ». Qui est obligé par le contrat de souscrip-

tion d'obligation ? celui qui a promis de prêter, le souscripteur ; il est obligé de livrer les sommes qu'il a promis de prêter et qui s'élèvent au montant des obligations qu'il a souscrites ; et s'il ne remplit pas sa promesse, la société peut l'y contraindre par toutes les voies de droit. Une seule personne, le souscripteur, se trouvant obligée, le contrat de souscription d'obligation est donc bien un contrat *unilatéral*.

Certains auteurs ont pourtant prétendu que c'était un contrat synallagmatique aux termes de l'article 1102 du code civil. N'a-t-on pas dit, en effet, que c'était un « contrat synallagmatique de prêt à intérêt »¹ ? Pourquoi ce contrat serait-il synallagmatique ? à la charge du souscripteur, dit-on, il y a une obligation d'effectuer le versement de la somme souscrite dans les conditions déterminées par les prospectus d'émission, et à la charge de la Société, il y a l'obligation de payer les intérêts convenus et rembourser le capital à l'époque fixée. L'article 1102 reçoit ainsi son application toute naturelle.

C'est une erreur profonde et même grossière. Dans le contrat de souscription d'obligation, il n'y a aucune obligation à la charge de la société émettante, car il n'y aura emprunteur que le jour où le souscripteur aura versé tout ou partie des fonds promis. N'oublions pas, en effet, que le contrat de prêt d'argent, comme tout prêt, est réel ; qu'il n'existe qu'après la livraison des sommes qui en font l'objet.

Mais, dans la pratique, la souscription s'accompa-

¹ Lyon-Caen et Renault, *traité* II, n° 564, p. 371 ; Berr, p. 16 ; Lenfantin, p. 71 ; Aubry, n° 176, p. 156 ; n° 183, p. 167 ; n° 215, p. 185 ; de Chauveron, p. 26 et s. — Dal. *c. civ. ann.* art. 1874, n° 5 et D. P. 1894. 2.437 n° 7.

gne très souvent d'un premier versement d'espèces, et c'est une analyse défectueuse de la situation juridique ainsi créée, qui a amené ces auteurs à cette conclusion. Dans ce cas, il y a bien obligation, d'une part, de verser des sommes, et d'autre part, de rembourser ; mais il n'y a pas la réciprocité exigée par l'article 1102 du Code civil. Les deux obligations proviennent de deux contrats unilatéraux distincts, la promesse de prêt et le prêt.

Bien que ces deux contrats soient concomittants, ils restent juridiquement bien distincts, chacun avec leur nature et leurs caractères particuliers. Le contrat de prêt se trouve réalisé dans la mesure du premier versement, et la promesse de prêt reste obligatoire pour le surplus.

Juridiquement, il intervient ici la même opération qu'en matière d'ouverture de crédit ; il y a originairement une simple promesse de prêt à laquelle se substitue par la suite un prêt réel au fur et à mesure des avances d'argent. On relève donc, somme toute, deux contrats successifs, qui donnent naissance à des obligations distinctes, mais qui s'entrecroisent dans la pratique au point de faire croire qu'elles proviennent d'un seul et même contrat.

Ce véritable caractère de l'ouverture de crédit a bien été relevé par MM. Lyon-Caen et Renault¹ : « Il y a, disent-ils, deux contrats juxtaposés, une promesse « de prêt qui existe immédiatement, et un prêt qui « n'existera que par l'exécution de cette promesse, et « dont les conditions sont réglées à l'avance, au moment où celle-ci est faite... » Comment MM. Lyon-Caen et Renault, qui ont si bien analysé le contrat

¹ Voir *Traité IV*, n° 713, p. 487.

d'ouverture de crédit, donnent-ils une autre solution pour le contrat de souscription d'obligation, qui pourtant présente la même situation et les mêmes caractères ?

C'est un contrat *commutatif* dans les termes de l'article 1104 du Code civil, et à coup sûr un contrat à *titre onéreux* ; car ce n'est pas une idée de bienfaisance qui anime le souscripteur à l'égard de la société ; nous ne le ferons donc pas rentrer dans l'article 1105, mais bien dans l'article 1106.

Formé et parfait dès que le souscripteur a accepté l'offre de la société, le contrat de souscription d'obligation est purement *consensuel* : le seul consentement des parties, le seul accord des volontés suffisent pour sa réalisation ; il est de ceux des contrats qui *solo consensu perficiuntur*.

C'est enfin un contrat *civil*, si du moins l'on se place vis-à-vis du souscripteur : en effet, tandis que l'actionnaire, en souscrivant, se propose de réaliser un bénéfice *commercial*, le souscripteur d'obligations s'engage simplement à prêter de l'argent à la société moyennant un intérêt fixe, et sans prétendre à aucune rémunération supplémentaire à raison des bénéfices éventuels que pourra réaliser la société. Mais au regard de la société emprunteuse, l'acte est *commercial* en vertu de la théorie de l'accessoire ; car c'est pour les besoins de la société, que l'émission des obligations a lieu. Evidemment, nous nous plaçons à ce point de vue, comme nous l'avons d'ailleurs indiqué à la fin de notre introduction, dans l'hypothèse d'une émission faite par une société anonyme ou encore par une autre société commerciale. C'est dire que s'il s'agit d'une souscription d'obligations émises par une société civile ou encore par un particulier, par un établisse-

ment public, par l'état, les départements ou les communes, la question ne doit pas être résolue de la même façon, le contrat n'est plus *mixte* : il est purement *civil* de part et d'autre.

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude de la nature juridique du contrat de souscription d'obligation.

DEUXIÈME PARTIE

Nature Juridique du Contrat d'Obligation

Ce contrat de souscription d'obligation, nous l'avons vu, lorsque nous avons analysé les différents procédés d'émission d'obligations, n'existe pas toujours : si, au jour de l'émission, les obligations sont entièrement libérées par l'acquéreur, il ne saurait en être question ; dans ce cas, il n'y a jamais eu de *promesse de prêt*. D'autre part, si le titre n'est pas immédiatement libéré, si l'émission s'accompagne d'une souscription par laquelle le souscripteur s'oblige à fournir par versements distincts et successifs, la somme fixée comme prix d'émission, il arrive un moment où toutes les sommes promises par le contrat de souscription sont versées, et où la promesse de prêt cesse d'exister, parce que le souscripteur a rempli son obligation. Dans le premier cas, il n'y a jamais eu de souscripteurs, mais bien des obligataires ; dans le second cas, le souscripteur devient obligataire le jour où il a versé le montant de sa souscription.

Un contrat autre que celui de souscription d'obliga-

tion intervient ainsi, soit au jour de l'émission, soit au jour où la promesse de prêt a été complètement exécutée, entre l'émettant et celui qui a versé des fonds.

Quelle est la nature du contrat d'obligation ainsi formé ?

En disant, dans le chapitre précédent, que le souscripteur à une émission d'obligations est un futur prêteur, nous avons donné à entendre que, pour nous, lorsqu'il aurait exécuté sa promesse de prêter, il serait un prêteur. Nous l'avons même dit par avance, en donnant le résultat de l'étude à laquelle nous allons nous livrer. Cet autre contrat dont nous parlons, ce contrat d'obligation ne serait donc, à notre avis, rien autre qu'un contrat de prêt à intérêt pur et simple. C'est, en effet, ainsi qu'on l'envisage dans la doctrine, et l'on définit couramment l'obligation, le droit de créance qui résulte d'un prêt.

Toutefois, pour classique qu'elle soit, cette doctrine n'est cependant pas unanimement admise. On a donné du contrat qui nous occupe quatre autres interprétations différentes, et on a vu naître à leur appui quatre systèmes différents, qui sont :

- le système de l'obligataire-associé ;
- le système du prêt aléatoire ;
- le système de la vente ;
- le système du prêt collectif ou de la société de prêteurs.

Nous allons les étudier, les analyser, en leur consacrant à chacun un chapitre spécial, et dans un cinquième chapitre, nous dégagerons la véritable nature juridique du contrat d'obligation.

CHAPITRE PREMIER

Système de l'obligataire—associé

PREMIÈRE SECTION

EXPOSÉ DU SYSTÈME

Dans un premier système, on a prétendu que l'obligataire devait être assimilé à un actionnaire. L'obligataire serait un associé dans la société emprunteuse ; et le contrat passé ne serait autre chose qu'un acte de société.

Cette doctrine, toute bizarre qu'elle paraisse, a pourtant été émise et soutenue devant la Cour de cassation : on en a fait, à un moment donné, une arme contre les obligataires. Il y a peu de probabilités qu'on ose la reprendre ; nous devons néanmoins l'étudier, puisqu'elle a été soutenue.

On paraît s'être fondé uniquement sur la similitude des titres délivrés aux actionnaires et aux obligataires. On ne saurait nier, en effet, que ces titres se ressemblent dans leur forme, malgré de légères différences de détail, autres que le mot de leur appellation.

1° L'obligation comme l'action est représentée par

un titre négociable, et qui affecte la forme soit nominative, soit au porteur, soit à ordre :

nominative, quand le nom et le droit de propriété de l'obligataire sont mentionnés sur les registres de la société et sur le titre délivré, de telle sorte que la cession pour être valable, ne peut se faire que par un transfert sur les registres.

au porteur, quand le titre ne contient pas le nom de l'obligataire, et que celui qui le possède doit être considéré par la société et par les tiers comme en étant propriétaire. Dans ce cas, la transmission s'opère, comme celle des meubles corporels, par la simple tradition.

à ordre, c'est-à-dire qui se transmet comme une lettre de change, par endossement, autrement dit par une mention écrite au dos du titre et signée du cédant : « Payez à l'ordre de..... »

Remarquons cependant que si la forme de l'obligation est absolument libre, depuis la loi du premier août 1893, les actions sont et doivent être nominatives jusqu'à leur entière libération.

2° L'obligation est soumise comme l'action aux impôts qui frappent les titres de Bourse. Néanmoins, à ce point de vue on peut encore signaler des différences entre elles : d'après les articles 14 et 27 de la loi du 5 juin 1850, le droit de timbre est réduit à 0.50 0/0 pour les actions des sociétés ayant moins de dix ans de durée, tandis qu'il est uniformément de 1 0/0 pour les obligations. De plus, la dispense de l'article 24 de cette même loi ne profite pas aux obligations.

3° Les obligations comme les actions sont indivisibles, c'est-à-dire que chaque action ou obligation est une division qui n'est pas susceptible de subdivision. Cette indivisibilité consacrée par l'usage, et toujours

soigneusement indiquée dans les prospectus d'émission, peut être invoquée par la société soit contre plusieurs héritiers soit contre plusieurs acheteurs.

4° En cas de dépossession involontaire, les propriétaires d'actions et d'obligations ont les mêmes droits, et peuvent les uns et les autres se prévaloir des dispositions de la loi du 8 février 1902, modifiant et complétant la loi du 15 juin 1872 ;

5° Dans les sociétés qui admettent le titre au porteur, tout propriétaire d'actions ou d'obligations a toujours la faculté, d'après l'article 8 de la loi du 23 juin 1857, de convertir ses titres au porteur en titres nominatifs ou réciproquement, sauf la réserve déjà signalée, apportée par l'article 2 de la loi du 1^{er} août 1893 qui modifie l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 ;

6° Le mode d'amortissement est ordinairement le même pour les actions et pour les obligations ;

7° L'article 70 de la loi de 1867, article ajouté par la loi du 1^{er} août 1893, sur les conséquences du paiement des intérêts ou dividendes consécutifs à l'amortissement des titres par voie de tirage au sort, s'applique aux deux catégories de titres.

Identique à l'action quant à la forme, à l'aspect, pourquoi l'obligation en différerait-elle essentiellement au fond ? Pour les assimiler complètement, ne pourrait-on pas tirer argument, au point de vue juridique, de certaines considérations économiques au sein desquelles l'obligataire aurait, somme toute, lors de l'émission ou de l'acquisition du titre, purement et simplement associé une partie, une fraction de son patrimoine à la réussite de l'entreprise ?

Que fait, en effet, l'obligataire ? Comme l'actionnaire, il fournit le capital de l'affaire, l'argent avec lequel on se procurera les moyens de production, tandis que

les fournisseurs, ou plutôt et en général les autres créanciers, procurent le plus souvent ces moyens eux-mêmes, qu'ils consistent en travaux, en machines ou en fonds de roulement.

« L'être moral Société, c'est l'idée même de l'entreprise conçue par les fondateurs ; les actionnaires « lui donnent un corps, les obligataires aident à le « former et à le développer en le nourrissant de leur « argent ; cet argent s'incorpore à l'entreprise. Les « autres créanciers fournissent alors à la société ainsi « constituée, ses moyens de production, comme ils « les fourniraient à un commerçant ordinaire ; mais ce « qu'ils louent, ce qu'ils vendent ou ce qu'ils prêtent, « c'est l'armure de l'être moral, ce n'est pas son corps. « La réalité économique était bien rendue par la « vieille expression d'« actions rentières », par laquelle on désignait jadis les obligations : actions « vis-à-vis de la société, rentes vis-à-vis du créancier ; actions puisqu'elles concourent à former le « capital social ; rentes, puisqu'elles ne participent ni « aux gains, ni aux pertes de l'entreprise. »

C'est ainsi, et par ces considérations économiques, que M. Juglard a pu, avec quelque apparence de raison, identifier l'obligataire à l'actionnaire, bien que tout le premier, il ait repoussé une telle conséquence au point de vue juridique.

« Actions à bénéfice limité » a dit M. Pirmez en parlant des obligations, dans son rapport de la loi belge du 18 mai 1873 sur les sociétés, à propos de l'article 68. Et à sa suite, on a parfois prononcé et répété ces mots. Une telle expression est encore en faveur de la théorie que nous exposons. Elle permet de concevoir l'obligataire comme un actionnaire ayant droit à des intérêts en l'absence de tout bénéfice, mais ne pouvant

réclamer qu'un dividende limité au même taux, quels que soient les gains réalisés par suite de l'exploitation.

Que l'on ne s'étonne pas ; la clause stipulant pour l'actionnaire des intérêts en l'absence de tout bénéfice, est, en France, reconnue licite par une jurisprudence constante.

Sans doute, si les statuts sont muets à cet égard, les actionnaires n'ont aucun droit aux intérêts de la somme qui constitue leur mise dans la Société. Mais si les statuts l'ont expressément stipulé, il ne saurait en être de même. Une telle clause n'est contraire à aucun principe de droit, et est rendue presque nécessaire par des considérations pratiques très puissantes. On ne voit pas pourquoi la rémunération du capital à un taux fixé par les statuts, ne serait pas considérée comme une sorte de charge de l'entreprise, à supporter quels que soient les résultats des opérations annuelles de la société. Sans doute, en acquittant cette charge, cette société réduit son capital, par cela même qu'à défaut de bénéfice, elle prend sur celui-ci les intérêts. Mais cette objection n'est pas décisive : aucune disposition légale ne restreint la faculté de réduire le capital social, pourvu que la réduction se fasse conformément aux statuts. Du reste, il est des sociétés qui ne peuvent commencer à fonctionner qu'après l'accomplissement de travaux de longue durée ; telles sont les sociétés constituées pour la construction et l'exploitation des chemins de fer ou des canaux. Pour ces sociétés, il s'écoule un temps assez long, avant que des bénéfices soient possibles. Aussi peu de capitalistes consentiraient à en devenir actionnaires, s'ils n'avaient la certitude de toucher chaque année une somme fixe pour rémunération de leurs mises.

Cette pratique et cette jurisprudence permettraient donc de dire qu'une société, en émettant des obligations, ne fait qu'émettre des actions qui porteraient toujours un intérêt, qu'en cherchant des obligataires, la société n'acquière que de nouveaux actionnaires, actionnaires spéciaux, il est vrai, puisqu'ils ont droit à des intérêts même en l'absence de tout bénéfice, et que ces intérêts sont toujours les mêmes quels que soient les bénéfices réalisés, mais actionnaires, associés quand même.

On a été plus loin encore : on a fait plaider devant le tribunal de commerce de la Seine, devant la Cour de Paris, et devant la Cour de Cassation que l'obligataire comme l'actionnaire n'a droit à aucun intérêt en l'absence de bénéfices et qu'étant associé et non créancier, il n'est dans ce cas aucunement fondé à provoquer du chef du non paiement d'intérêts, la mise en faillite de la société. Telle fut la prétention émise en 1861 et en 1862 par la Compagnie du chemin de fer de Graissessac à Béziers.

Cette espèce étant la seule importante, où l'on ait soutenu cette théorie, il convient de la rapporter.

DEUXIÈME SECTION

JURISPRUDENCE

Par jugement du Tribunal de commerce de la Seine en date du 21 février 1861, la Compagnie du chemin de fer de Graissessac à Béziers fut déclarée en faillite à la requête d'obligataires pour non paiement des intérêts de leurs obligations. Appel fut interjeté par la Compagnie qui soutint entre autres choses.....

2° que de simples porteurs d'obligations n'ont pas qualité pour provoquer cette déclaration de faillite. Sur cet appel, arrêt confirmatif de la Cour de Paris du 21 juillet 1861 ¹ ainsi conçu :

« Considérant... que les porteurs de leurs obligations dont les intérêts ne sont pas payés, ont incontestablement le droit de poursuivre la déclaration de faillite d'une telle Compagnie — que cela résulte des principes élémentaires du droit — Considérant que la prétention d'assimiler les porteurs d'obligations à des actionnaires n'a pas été soutenue à l'audience ; qu'elle est cependant mentionnée dans les conclusions, mais qu'il est impossible de s'y arrêter, les obligations ne donnant aucun droit de propriété ni d'intervention dans la gestion sociale, et constituant seulement par leur nature de simples créances..... »

Pourvoi de la Compagnie. Arrêt du 14 juillet 1862. ²

« Sur le deuxième moyen, tiré de la violation des articles 17 et 42 des statuts de la Compagnie demanderesse et du décret du 26 février 1853 qui les a approuvés en ce que l'arrêt attaqué aurait à tort maintenu la faillite déclarée sur la demande de porteurs d'obligations, qui ne pouvant se dire créanciers, et n'étant en réalité que des actionnaires privilégiés n'avaient ni qualité, ni droit pour la provoquer.

« Attendu qu'aux termes de l'article 34 du Code de commerce, le capital d'une société anonyme se divise en actions : d'où il suit que les actionnaires sont seuls associés chacun dans la proportion du

¹ Voir dans Sirey. 1862, 1.938.

² Idem

« nombre d'actions qu'il possède : que le supplément
« de capital qu'en cas de nécessité, la société demande
« au crédit sous la forme d'obligations qu'elle émet,
« constitue pour elle une dette et devient pour ceux
« qui, en échange de ces obligations, ont fourni leurs
« fonds, le principe d'une créance dont l'importance
« est fixée tout d'abord, et ne peut se modifier ulté-
« rieurement selon les résultats de l'entreprise.....
« qu'il importe peu que leurs droits ne soient garantis
« ni par un gage, ni par une hypothèque ; qu'une
« créance existe indépendamment des garanties qui
« y sont attachées ; que sous tous les rapports, les
« porteurs d'obligations sont donc de véritables créan-
« ciers, et ont en cette qualité le droit de provoquer
« la mise en faillite de la société, leur débitrice, lors-
« que, comme dans l'espèce, elle ne remplit pas ses
« engagements. »

La Cour de cassation, suivant en cela la solution déjà donnée par le tribunal de commerce de la Seine et la Cour de Paris, a donc fait justice du système, et avec raison, suivant nous ; l'actionnaire est un associé, l'obligataire n'en est pas un : il n'est qu'un prêteur. Cela est unanimement reconnu, et il ne saurait en être autrement.

TROISIÈME SECTION

RÉFUTATION

En effet, tandis que les actions ne sont émises que par les sociétés et pour elles, l'état, les départements, les communes, les grandes villes émettent eux aussi des obligations. Dira-t-on que dans ces hypothèses, l'obligataire est un associé ? non assurément, puis-

qu'il n'y a pas de société. La nature du contrat intervenu ne saurait donc être différente : si l'obligataire de l'état, d'un département, d'une ville; d'une commune, ne peut être considéré comme un associé, il doit en être de même de l'obligataire d'une société.

Qu'importe que parfois, en vertu de clauses spéciales, des actions produisent des intérêts même en l'absence de bénéfices : d'où certains auteurs ont conclu à une analogie complète entre les actions et les obligations. Ce n'est pas le droit commun. Devant le silence des statuts, l'actionnaire n'a droit à aucun dividende, si le bilan de l'année sociale n'a pas fait ressortir à l'avoir un excédent entre les recettes et les dépenses. Cela n'a jamais fait doute. Et si, par exception, les actions émises produisent un intérêt, cet intérêt n'est qu'un minimum précisément garanti pour le cas d'absence de bénéfices ; mais si l'affaire est prospère, ce minimum est dépassé et le montant du dividende tantôt monte, tantôt baisse, suivant les bénéfices nets de la société à l'expiration de chaque année sociale. L'obligation, au contraire, donne toujours droit à des revenus invariables, qui sont les intérêts de la somme prêtée par les obligataires. Ainsi s'explique que la valeur des obligations varie peu, tandis que celles des actions change avec l'état des affaires sociales. Comment dire dès lors que l'obligataire n'est qu'un associé !

L'argumentation tirée des considérations économiques est aussi bien secondaire. Celui qui fait une ouverture de crédit à un commerçant lui fournit, comme l'obligataire à la société, une partie du capital même de son entreprise, *le moyen* de se procurer les *moyens* de production. Dira-t-on qu'il est associé ? Il est évident qu'il n'est qu'un créancier. L'obligataire en est donc un aussi. Sans doute la personne qui

ouvre un crédit, à la différence de l'obligataire, connaît celle avec qui elle traite, et de plus, peut exiger d'elle, et exige en fait des sûretés particulières. Mais cela ne change en rien le fond du droit, le contrat doit avoir la même nature dans les deux cas.

Comment dès lors s'arrêter aux nombreuses ressemblances de forme que nous avons signalées plus haut, et en tirer une conséquence quelconque au point de vue du système de l'obligataire associé ? Cette similitude créée par la pratique pour répondre à ses exigences, alors qu'aucune loi ne réglemente les obligations, reste toute superficielle ; le *substratum* du droit est différent. On ne saurait s'arrêter à une telle argumentation. Qu'importe des ressemblances de forme, si le fond n'est pas le même. De tous les arguments de ce système, celui-là est peut-être le moins sérieux.

Cette thèse fait le pendant de cette autre si fréquemment présentée sous prétexte d'équité, qui tend à transformer les actionnaires en créanciers auxquels il serait dû de véritables intérêts. Si de semblables théories triomphaient, le droit commercial deviendrait un véritables chaos.

CHAPITRE DEUXIÈME

Système du prêt aléatoire

PREMIÈRE SECTION

EXPOSÉ DU SYSTÈME

Système fragile avec des arguments fragiles, ainsi se présente la théorie de l'obligataire associé ; et nous avons vu avec quelle facilité et quelle assurance la jurisprudence l'a condamné. Est-ce à dire que pour avoir écarté avec raison ce système, elle s'est attachée et ralliée à une théorie irréfutable ? On pourrait le croire à première vue, en voyant la quantité d'espèces qu'elle a solutionnées toujours dans le même sens. Nous verrons pourtant qu'il n'en est rien.

Presque constamment, il a été jugé que le contrat intervenu entre la société emprunteuse et l'obligataire, est « d'une nature spéciale participant à la fois du « prêt à intérêt et des contrats aléatoires » comme le dit un jugement du Tribunal civil de la Seine du 28 novembre 1888 ¹ qui précise encore sa définition :

¹ Trib. civil Seine, 28 nov. 1888. Gaz. Pal., 1889, 1. Suppl. p. 28.

du prêt à intérêt « en ce que, dit-il, le capital fourni
« et les intérêts à échoir constituent une créance » ;
et du contrat aléatoire « en ce que le remboursement
« du capital... est entièrement subordonné à un évè-
« nement incertain, le résultat d'un tirage au sort... »

Ainsi donc, d'après la plupart des tribunaux français, et c'est la doctrine de la Cour de Cassation, le contrat qui nous occupe ne serait pas de ceux que le Code civil a spécialement prévus et réglementés : ce serait un contrat à part, un contrat *sui generis*.

D'où viendrait ce caractère aléatoire du contrat d'obligation ? De l'incertitude de la date du remboursement, dit la jurisprudence. Il importe en effet de savoir que l'obligataire n'est pas remboursé comme le prêteur ordinaire.

Le particulier qui emprunte est astreint à un remboursement unique, ou bien, s'il ne doit pas restituer le capital en une seule fois, et parvient à obtenir plusieurs termes de remboursement, leur nombre et leur importance sont disposés de telle sorte qu'il n'en résulte aucun inconvénient pour le prêteur ni pour l'emprunteur : les délais ne sont pas très éloignés, et sont calculés d'après les supputations de disponibilités qu'a faites le débiteur.

Il ne saurait en être de même pour les emprunts faits par une société. Les opérations entreprises par les sociétés sont autrement plus considérables que celles des particuliers, et se prolongent bien au-delà de la vie d'un emprunteur ordinaire. Les bénéfices peuvent être rapides comme ils peuvent être lents à se produire. Une société ne peut donc pas raisonnablement songer à un remboursement intégral à une date fixe.

Normalement, le profit des travaux exécutés dans

les années qui ont suivi la naissance d'une société, se réalise successivement. Faible à l'origine, il s'accroît de jour en jour ; en raison de la périodicité des bénéfices, il est plus simple et plus logique de fractionner le remboursement des obligations en un nombre considérable d'échéances. C'est ce que fait la pratique. L'espace du temps qui sépare l'échéance la plus rapprochée de l'échéance la plus lointaine, s'appelle la période d'amortissement.

Cette période d'amortissement qui varie, suivant les sacrifices qu'on est disposé à faire, est fixée au moment de l'émission. On dresse un tableau, dit d'amortissement, qui contient indication de la quantité d'obligations à amortir chaque année, pour que l'emprunt soit complètement remboursé à l'expiration de la période ; et c'est le tirage au sort qui, chaque année, désigne les obligations à rembourser.

Le remboursement des obligations est donc incertain, parce que la date en est essentiellement déterminée par le tirage au sort, et que cette date peut se placer au début comme à l'expiration même de la période d'amortissement. Il peut ainsi arriver que l'obligataire reste créancier de longues années, sans pouvoir exiger la restitution du capital qu'il a prêté. Or, d'après la jurisprudence, dans le prêt industriel à long terme, certains risques sont courus avec une grande intensité. Un arrêt de la Cour de Lyon¹ les énumère :

« Attendu que les engagements respectifs de la société et des souscripteurs d'obligations se distinguent du contrat ordinaire de prêt à intérêt en ce qu'ils présentent un élément aléatoire ; que cet élément consiste dans l'incertitude de la date du rem-

¹ Cour de Lyon, 8 août 1873. S. 1874. 2.406 ; J. P. 1874.473.

« boursement, et le préjudice que devait entraîner la
« vente forcée des titres à un moment inopportun ;
« dans la variation incessante dont était susceptible le
« personnel des actionnaires et, par suite, les garan-
« ties offertes aux prêteurs ; dans les complications et
« dans les pertes qu'était destinée à produire l'éven-
« tualité de paiements poursuivis successivement con-
« tre une société au-dessous de ses affaires et contre
« des actionnaires nombreux, disséminés et ne possé-
« dant pas toujours une solvabilité suffisante... »

Sans doute ces inconvénients se rencontrent dans le prêt ordinaire, mais à un moindre degré. Ils se produisent plus fréquemment, et d'une façon plus grave dans le prêt industriel à long terme, dans une émission d'obligations surtout. On ne saurait le discuter, dit-on.

Et de tous ces risques, la jurisprudence a conclu que le contrat qui liait tout obligataire à une société, était un contrat aléatoire dans le sens des articles 1104 et 1964 du Code civil, un prêt aléatoire. Les arrêts qui le décident sont nombreux ¹. Un arrêt de la Cour de Paris ² est plus particulièrement affirmatif.

« Considérant que la convention suivant laquelle le
« créancier et le débiteur stipulent que la somme prê-
« tée ne sera payée intégralement qu'après un long

¹ C. Douai, 24 janvier 1873. D. P. 1874, 2.203, S. 1873, 2.245 ; J. P. 1873, 1056 ; C. Lyon, 8 août 1873 précité ; C. Paris, 15 mai 1878, Gaz. des Trib. du 29 juin 1878 ; Trib. comm. Seine, 16 juin et 1^{er} décembre 1879 ; C. Paris, 21 février 1881 et Cass. civ. 18 avril 1883 ; D. P. 1884, 1.25 ; S. 1883, 1.361 et 441 ; J. P. 1883, 1.929 et 1121 ; C. Paris, 18 mars 1884, S. 1883, 2.239 ; C. Paris, 17 mars 1883, D. P. 1884, 2.200 ; C. Rennes, 14 mai 1884, Cass. civ. 2 février et 10 mai 1887, D. P. 1887, 1.97 et 1888, 1.334 ; S. 1888, 1.57 ; Trib. civ. Seine, 28 novembre 1888, Gaz. du Pal. 1889, 1. Suppl. p. 28.

² C. Paris, 18 mars 1881 précité.

« délai, mais que des remboursements partiels seront
« opérés annuellement, au moyen d'un tirage au sort
« des titres fractionnés, avec une augmentation déter-
« minée du capital primitif, rentre dans la catégorie
« des contrats aléatoires ; que les dispositions de l'arti-
« cle 1964 C. civ. qui en présente des exemples, sont en
« tout point limitatives, et que la définition qu'elles
« donnent de ce genre de contrats s'applique exacte-
« ment à celui qui est intervenu entre les appelants et
« la société..... qu'en effet, il offre aux créanciers des
« avantages, ou leur impose des pertes dépendant d'un
« événement incertain, qui consiste dans le résultat
« imprévu d'un tirage au sort ; que l'engagement au-
« quel a souscrit le prêteur de ne pouvoir exiger son
« remboursement qu'après un laps de temps de qua-
« rante années, comme dans la cause actuelle, sauf
« les éventualités du tirage, bornées à 1/40^e de la cré-
« ance totale, comporte manifestement des chances
« multiples de perte et de dépréciation, qui sont corré-
« latives de l'avantage consistant dans l'accroissement
« du capital à une époque incertaine, et qui ne pourra
« être fixée que par la voie du sort ; que ce contrat
« conçu dans les conditions prescrites par l'article
« 1964 du Code civil est donc licite. »

DEUXIÈME SECTION

DISCUSSION ET RÉFUTATION

Cette conception est-elle bien fondée ? Par suite de ces « risques occasionnés par le long retard de l'amortissement », peut-on identifier le contrat d'obligation

avec les « contrats aléatoires » prévus et réglementés par les articles 1964 et suivants du Code Civil ?

Si la jurisprudence l'a pensé, ainsi que nous venons de le voir, la presque unanimité de la doctrine proteste contre cette qualification donnée au contrat. Et la réfutation du système de la jurisprudence est devenue classique.

Les risques courus par l'obligataire peuvent se ramener à trois chefs. En les examinant, nous verrons qu'on ne peut en tirer aucune conséquence pour donner une telle nature au contrat qui nous occupe.

a) Le prêteur, dit-on tout d'abord, privé temporairement de la jouissance de son argent, est exposé à en avoir tout à coup un très grand besoin, et il n'aura d'autre ressource que de céder sa créance, peut-être pour un prix de beaucoup inférieur à sa valeur nominale. Mais quel prêteur ne court pas ce danger ? N'est-il même pas moindre pour les porteurs de ces titres qui ont un marché très large d'ordinaire dans les Bourses de France et même parfois de l'Etranger ? Et puis, l'obligataire touche un intérêt. Or n'est-ce pas précisément dans ces inconvénients de la privation de la jouissance de son argent, que tout prêteur puise le droit de stipuler un intérêt, c'est-à-dire un loyer de la chose dont un autre jouira à sa place ?

b) En second lieu et autre risque, l'obligataire ne recevra peut-être à l'échéance que des valeurs monétaires dépréciées. Raison fort grave assurément, mais à laquelle le législateur a fait une part suffisante dans l'article 1895 du Code civil qui dispose : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours « que de la somme numérique énoncée au contrat. « S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces

« avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre
« la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que
« cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement. »

D'après cet article, la somme due doit être comptée d'après la valeur nominale des espèces versées à l'époque du paiement, alors même que la valeur des monnaies aurait subi un changement dans l'intervalle écoulé entre la naissance de l'obligation et le paiement. Ainsi, par exemple, si Primus prête aujourd'hui à Secundus cent francs en dix pièces d'or, ayant chacune une valeur nominale de dix francs au moment du prêt, si la valeur nominale des dites pièces n'est plus que de neuf francs à l'époque fixée pour le remboursement, Secundus devra en remettre onze, plus un franc à Primus. Le contrat d'obligation étant un prêt, les rapports de débiteur à créancier qui existent entre la société et l'obligataire, seront donc régis à ce point comme un prêt ordinaire. Il n'y a rien là d'aléatoire.

Nous avons à l'instant fait justice de l'argument déduit « des risques occasionnés par le long retard de l'amortissement ».

(c) Enfin, chose plus grave, l'obligataire, lors de l'échéance, est exposé à toutes sortes de désagréments dont le plus grave est de se trouver en face d'une société débitrice absolument insolvable, et dont les moindres sont les frais, les lenteurs de la poursuite. La réponse à cette objection est encore bien facile. Quel est le prêteur qui n'est pas plus ou moins exposé à ces risques, s'il n'a point une bonne garantie réelle ? L'usurier de village a souvent pour débiteur un insolvable, ou bien il est contraint de recouvrer ses avances contre des héritiers nombreux et disséminés.

Dira-t-on aussi que le prêt qu'il a fait était aléatoire au sens des articles 1964 et suivants du Code civil ? Non, assurément.

Les tribunaux se sont tout simplement laissés aller à une confusion singulière entre « ce qu'on appelle « une opération aléatoire dans le langage usuel, et ce « qu'on appelle ainsi dans la langue du droit. »

M. Lyon-Caen a fait la critique de cette jurisprudence ¹ : la voici :

« Dans le langage vulgaire, on dit qu'une opération est aléatoire quand les parties ou l'une d'elles courent de très grands risques. Ainsi l'on dira d'une personne qui achète des terrains dans un quartier d'une ville encore peu habitée, qu'elle se livre à des opérations aléatoires, bien que le prix de ces terrains, consiste dans un capital fixe à payer à tout événement. L'acheteur risque de beaucoup perdre ; car il se peut qu'il ne trouve pas à revendre ses terrains ou qu'il ne les vende qu'à vil prix. En ce sens, on peut dire la même chose de ceux qui souscrivent des obligations d'une société : ils font une opération aléatoire ; car la société peut faire de mauvaises affaires et être dans l'impossibilité de rembourser ses prêteurs. Les risques courus par ceux-ci sont d'autant plus grands que le remboursement est réparti sur plus d'années et que les opérations sociales offrent, d'après leur nature, plus de chances de gain ou de perte.

« C'est dans une toute autre acception que dans la langue exacte du droit, on emploie la qualification d'aléatoire. On ne qualifie ainsi que les contrats dans lesquels la réalisation d'un événement

¹ Note sous Cass. civ. 18 avril 1883, précité, S. 1883. 1. 361

« déterminé peut soit faire naître soit éteindre une
« créance qui n'existerait pas ou subsisterait sans
« cela. Ainsi un prêt ne mérite en droit la qualifica-
« tion d'aléatoire qu'autant que l'accomplissement
« d'un évènement doit avoir pour effet d'éteindre ou
« d'empêcher de naître la créance du prêteur en rem-
« boursement de la somme prêtée. Le prêt à la grosse
« est bien un prêt aléatoire, car si les choses : navire,
« marchandises, etc., affectées au prêt périssent par
« suite d'une fortune de mer, l'emprunteur n'a rien à
« rembourser. Tel n'est pas le caractère des prêts
« faits aux sociétés sous forme d'obligations. Le droit
« au remboursement des titres doit subsister à tout
« évènement : un obstacle de fait à son exercice peut
« seulement résulter de l'état des affaires sociales. »

*
* *

Il serait peut-être suffisant de s'en tenir à cette critique de la jurisprudence. Il faut cependant préciser la notion juridique des contrats aléatoires, car dans les espèces ci-dessus rapportées, les articles 1964 et suivants du Code civil sont seuls visés, alors que l'article 1104 du Code civil donne lui aussi une définition du contrat aléatoire, définition qui paraît différente de celle de l'article 1964.

L'article 1104 après avoir dit que le contrat « est
« commutatif lorsque chacune des parties s'engage à
« donner ou à faire une chose qui est regardée comme
« l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on
« fait pour elle » ajoute : « Lorsque l'équivalent consiste
« dans la chance de gain ou de perte pour chacune
« des parties d'après un évènement incertain, le con-
« trat est aléatoire. »

L'article 1964, lui, définit le contrat aléatoire « une convention réciproque dont les effets quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. »

Il semble donc qu'il y ait une certaine opposition de vues entre ces deux articles, le premier représentant les chances de gain ou de perte comme réciproques dans le contrat aléatoire, le second laissant entendre que l'aléa peut n'exister que pour l'une des parties.

Quel est le plus exact ? Nos préférences vont à l'article 1104 du Code civil. La chance de gain que court l'une des parties constitue évidemment une chance de perte pour l'autre ; car si la première gagne, la seconde perdra, puisque c'est à ses dépens que le gain sera réalisé ; et réciproquement la chance de perte que court l'une des parties, constitue nécessairement une chance de gain pour l'autre, car ce qui sera perdu par celle-ci sera gagné par celle-là.

Et il en est ainsi, quoi qu'on en ait dit, même dans le contrat d'assurance. Il est vrai que l'assuré ne recevra jamais, en cas de sinistre, une somme supérieure à la valeur de la chose, l'assurance ne pouvant pas être pour lui la source d'un profit ; d'où l'on a voulu conclure que l'assuré ne réalisera jamais un gain. L'assureur seul, dit-on, peut gagner ; il gagnera le montant des primes, s'il ne se produit aucun sinistre dont il soit responsable ; quant à l'assuré, il peut seulement ne pas perdre. Les chances de gain ne sont donc pas réciproques, et la disposition de l'article 1964 se trouve ainsi justifiée.

Mais en recevant au cas de sinistre la valeur de sa chose, l'assuré ne se trouvera-t-il pas en définitive plus riche de tout ce qu'il aurait perdu sans l'assu-

rance ? Ne fait-il donc pas un gain ? et ne gagne-t-il pas précisément ce que perd l'assureur à la prime près ?

Nous admettrons donc que dans tout contrat aléatoire, l'aléa existe pour l'une et l'autre des parties, et est réciproque.

Trouvons-nous cette dualité et cette réciprocité de l'aléa dans le contrat d'obligation ? Non.

En effet, d'une part, l'obligataire conserve toujours son droit à la restitution des sommes qu'il a prêtées ; et si un obstacle de fait lui empêche de pouvoir toucher effectivement ses fonds, il n'en reste pas moins créancier, et il peut toujours réclamer son capital.

D'autre part, l'aléa n'existe pas davantage entre l'obligataire et la société débitrice. Celle-ci n'est soumise à aucun aléa. Ce qu'elle doit payer chaque année, tant pour intérêts que pour amortissement, est certain, connu d'avance, irrévocablement fixé par le tableau d'amortissement, joint à l'acte d'emprunt. Elle remboursera à chaque échéance le nombre prévu d'obligations. Qu'importe à la société débitrice qu'elle paie d'abord celui-ci ou celui-là ; qu'elle rembourse dans tel ordre ou dans tel autre ?

La société a été habilement soustraite à un aléa qui n'existe qu'entre les obligataires. Les tirages au sort annuels ou semestriels n'ont pas pour but de fixer le nombre des obligations à rembourser (ce nombre est écrit dans le contrat d'emprunt), mais seulement de déterminer quels seront les heureux possesseurs des obligations appelées au remboursement.

Cet aléa, qui existe entre les obligataires seulement, procure, il est vrai, un avantage à la société, mais un avantage certain, celui de rendre ses obligations plus recherchées en raison de l'espoir que peut nourrir tout obligataire, d'être remboursé lors d'un prochain tirage.

Il est donc inexact de dire qu'il y a un élément aléatoire dans les rapports que le contrat d'emprunt établit entre la société débitrice et les obligataires. Il serait plus vrai de dire qu'à côté du contrat de prêt qui intervient entre la société et les obligataires, il se forme tacitement un contrat aléatoire, entre les divers obligataires pour soumettre au sort la décision de ce point important : dans quel ordre seront-ils remboursés ? Supposons, en effet, l'emprunt souscrit tout entier par une seule personne, l'aléa disparaît totalement, bien que les conditions de l'emprunt restent les mêmes pour la société.

Les emprunts contractés au moyen de l'émission d'obligations remboursables par la voie du tirage au sort, ne peuvent donc être considérés comme des contrats aléatoires.

TROISIÈME SECTION

ORIGINE DU SYSTÈME

OBLIGATIONS A PRIME

Cette définition erronée, ainsi que nous venons de le voir, donnée par la jurisprudence à la nature du contrat d'obligation, n'a pas été donnée par elle directement ; nous voulons dire que c'est à l'occasion de questions spéciales, qu'elle a été amenée à cette solution qui lui permettait de solutionner facilement les cas qu'elle avait à juger.

Notons tout d'abord que les décisions judiciaires qui contiennent cette théorie se rapportent toutes à des obligations à primes.

On désigne, en fait, sous le nom de « primes de

« remboursement, en matière d'obligations, des suppléments d'amortissement servis, lors du remboursement, à toutes les obligations d'une même émission. » Ces prestations supplémentaires sont effectuées par l'emprunteur, en exécution de clauses accessoires stipulées à l'avantage du prêteur lors de l'émission des obligations : elles ont été introduites dans les usages financiers afin de constituer un appât, une séduction pour les capitalistes, et d'assurer le succès de nombreux emprunts offerts au public. En général, la prime ne représente qu'un supplément de capital de quelques centaines de francs.

C'est précisément la stipulation d'une prime dont le paiement aux diverses époques représente pour le prêteur un taux de rémunération différent, qui a manifestement égaré la jurisprudence.

C'est en effet dans l'examen de la question de savoir si les obligations à primes tombent ou non sous le coup des dispositions restrictives du taux de l'intérêt conventionnel (lois du 3 septembre 1807 et du 19 décembre 1850), que la jurisprudence a eu à se prononcer sur la nature du contrat qui nous occupe.

Empruntons-lui un exemple : la question sera plus vite précisée.

La Société des houillères de Fiennes avait, en 1866, émis à 500 francs. avec intérêt à 6 %, des obligations remboursables à 750 francs en 30 années. La société ayant été dissoute en 1870, les liquidateurs prétendirent que la prime devait entièrement disparaître et l'intérêt être réduit à 5 %. Cet emprunt ayant été négocié par un banquier fut jugé commercial : « Attendu, quant à la prime, ajoute le tribunal de Boulogne..... que la loi du 3 septembre 1807 ne saurait être appliquée aux prêts compliqués de chances alé-

« atoirs ;..... Attendu qu'il est impossible de mécon-
« naître les chances aléatoires attachées à tout prêt
« industriel à long terme..... risques résultant... etc..»
Le tribunal de Boulogne a donc vu dans le contrat
d'obligation à prime un contrat spécial, un contrat
aléatoire, et c'est à cause de cette nature qu'il attribue
à ce contrat, qu'il affirme la liberté du taux de l'intérêt.

Assurément cette question relative à la loi du 3
septembre 1807 ne peut plus se poser, en ce qui con-
cerne les obligations émises depuis la loi du 12 janvier
1886 par les sociétés de commerce, par cela même que
cette dernière loi a rendu l'intérêt conventionnel libre
en matière de commerce. Mais comme cette loi ne
dispose que pour l'avenir, la question pourrait encore
s'élever pour les obligations à primes émises antérieu-
rement. La question se présente encore pour les obli-
gations à primes émises par les sociétés civiles, par
l'état, les départements, les communes, puisqu'en
matière civile, on n'a pas modifié la loi de 1807 qui
fixe à 5 % le maximum de l'intérêt conventionnel. Né-
anmoins l'intérêt de la question a beaucoup diminué,
et la meilleure preuve de ce fait est que, depuis 1886,
la jurisprudence ne fournit que de rares monuments
sur ce cas.

Quoi qu'il en soit, l'intérêt de la controverse est
grand, si elle se présente ; car, en un mot, on a pré-
tendu que l'émission d'obligations à primes constitue
une violation de la loi du 3 septembre 1807, et a par
conséquent le caractère usuraire, dès l'instant où, en
réunissant la prime au montant des intérêts, on cons-
tate que les obligataires ont touché plus de 5 0/0 au
cas d'emprunt par une société civile, ou de 6 0/0 au
cas d'emprunt par une société de commerce, avant la
loi du 12 janvier 1886, des sommes par eux prêtées.

Nous avons vu la jurisprudence sortir facilement de cette question, en disant que c'est un contrat aléatoire qui, comme tel, est soustrait aux lois qui limitent le taux de l'intérêt.

Voilà donc comment la question s'est posée, et pourquoi les tribunaux ont eu si souvent, du moins avant 1886, à se prononcer sur la nature du contrat d'obligation.

La solution donnée par la jurisprudence est-elle exacte ? Selon nous, la prime réunie à l'intérêt annuel peut donner aux obligations une rémunération dépassant le taux légal de l'intérêt sans que la loi de 1807 soit violée, et en cela nous sommes d'accord avec la solution de la jurisprudence. Mais les raisons qui nous la font adopter sont toutes autres.

Si les emprunts à primes ne sont pas usuraires, en principe, c'est que les motifs de la loi limitative du taux de l'intérêt ne s'y appliquent pas en général. Le législateur a voulu protéger l'emprunteur. Il est par suite naturel de rechercher, non ce que reçoit le prêteur, mais ce que paie l'emprunteur à titre d'intérêt. Or, quand les obligations sont émises avec primes, l'intérêt payé aux obligataires est en général inférieur au taux légal maximum. La société conserve la différence pour l'employer aux affaires sociales ou la capitaliser ; elle peut ainsi constituer les sommes nécessaires aux primes, et n'a pas en définitive à payer plus que si elle servait intégralement aux obligataires l'intérêt à 5 % ou à 6 % de leurs versements suivant que la société est civile ou commerciale ¹.

Mais ce motif même implique que l'on ne saurait

¹ Thaller, *Annales de droit commercial*, 1894, 2, p. 82 ; Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 573 ; Boistel, n° 214 ; Ruben de Couder, *Dictionnaire*. Voir *Société anonyme* n° 203.

décider, comme le fait la jurisprudence, en alléguant le caractère aléatoire de l'opération, que l'emprunt n'est jamais usuraire. Il l'est, selon nous, quand l'écart entre le taux d'émission et le capital nominal est tel, qu'en réunissant les primes au montant de l'intérêt, la société supporte pour la totalité de l'emprunt une charge dépassant le taux maximum de l'intérêt du capital versé.

Il y a là une recherche qui peut être difficile pour les tribunaux. Grâce à la loi du 12 janvier 1886, le nombre des cas où elle doit être faite a été considérablement réduit.

Cette restriction acceptée et admise, notre théorie se rencontre donc avec la solution donnée par la jurisprudence au sujet du taux de l'intérêt des obligations, mais se sépare d'elle quant au moyen tiré de la nature du contrat d'obligation, par lequel la jurisprudence est arrivée à ce système. Non, même pour les obligations à primes, on ne saurait dire que le contrat intervenu entre le prêteur et l'emprunteur est un contrat aléatoire.

Et dût-on considérer la prime comme un capital qui se forme peu à peu sous l'influence du temps qui serait un élément même de sa valeur, ainsi que le veut un arrêt de la Cour de Douai du 24 janvier 1973¹, il n'en résulterait pas qu'elle soit aléatoire dans le même sens que la rente viagère ou le prêt à la grosse. On comprend que le législateur, tout en refusant d'admettre comme droit commun le principe de la liberté de l'intérêt, l'ait admis à titre exceptionnel en faveur du prêteur qui consent à risquer de perdre *tout droit* sur tout ou partie de son capital en vertu

¹ Sirey 73. 11. 244.

même du contrat. Il est logique que si certaines chances se réalisent, le crédit-rentier obtienne beaucoup plus que le capital par lui aliéné, puisque si les chances lui sont contraires, il obtiendra beaucoup moins que ce capital.

Au contraire, le porteur d'obligations conserve toujours le droit à la restitution du capital qu'il a prêté. Même si le sort lui est contraire, il pourra réclamer tout ce capital ; il a reçu des intérêts peut-être égaux au maximum établi par la loi, et il recevra finalement la prime, qui, payée même après un très long délai, constitue un supplément d'intérêt encore appréciable.

Que risque donc de perdre l'obligataire ? Rien, il est seulement exposé à recevoir tardivement une rémunération supplémentaire qui serait illicite, si la loi de 1807 était applicable.

Ces considérations auxquelles il faut joindre celles exposées dans la théorie des obligations sans primes, suffisent amplement à démontrer que le contrat d'obligation même avec prime n'est pas un contrat aléatoire.

QUATRIÈME SECTION

OBLIGATIONS A LOTS

Mais pour les obligations à lots en est-il de même ? On sait que les obligations à lots sont les obligations auxquelles se trouve attaché individuellement le droit éventuel à un lot.

Comme les primes de remboursement, les lots se présentent sous la forme de suppléments d'amortissement. Comme les primes, ils résultent d'une clause

accessoire du contrat de prêt à intérêt passé lors de l'émission : cette clause, dans les deux cas, paraît viser un but unique : attirer les prêteurs au jour de l'emprunt et les solliciter ensuite à conserver leurs titres, à prolonger le placement, par l'espoir d'un gain réalisable à l'époque du remboursement.

Mais une différence profonde sépare le lot de la prime ; tous les obligataires ont droit à la prime, certains d'entre eux seulement bénéficient d'un lot. Le hasard du tirage au sort ne fixe plus mécaniquement la date du remboursement : il désigne les heureux titulaires d'un avantage exceptionnel.

Est-ce suffisant pour rendre aléatoire le contrat portant sur des obligations à lots ? Non.

Nous ne trouvons pas ici non plus la réciprocité de l'aléa exigée par l'article 1104 du code civil. Que la société donne le montant du lot à Primus ou Secundus, selon que le tirage aura favorisé l'un ou l'autre, peu lui importe. Elle donne la même somme qu'elle s'est engagée à donner ; elle n'est pas plus pauvre pour avoir payé le lot à celui que le sort a désigné plus tôt qu'à tel autre. Elle n'a donc rien risqué.

Quant aux obligataires, ils ne risquent pas davantage de perdre. Ils ont toujours droit au capital nominal de leurs titres, et aux intérêts qui ont été stipulés lors du contrat. Ils manquent donc de s'enrichir, si le sort ne favorise pas, mais c'est tout.

Il n'y a d'aléa qu'entre les obligataires eux-mêmes, comme nous l'avons déjà vu pour les obligations à primes.

Le contrat d'obligation à lots n'est donc qu'un contrat de prêt à intérêt, avec une rémunération spéciale qui n'en change pas la nature.

CHAPITRE TROISIÈME

Système de la vente

PREMIÈRE SECTION

EXPOSÉ ET ORIGINE DU SYSTÈME

En Allemagne, le système qui triomphe considère l'émission d'obligations comme une mise en vente par la société de créances contre elle-même. Les principaux auteurs qui ont écrit sur la matière, tels Eichhorn et Bender, dans la première moitié du XIX^e siècle, présentent l'opération comme une vente ; et les jurisconsultes de la fin du XIX^e siècle et du commencement du XX^e siècle ¹, à part quelques dissidents, admettent eux aussi cette conception. « La dette qui résulte de l'emprunt, écrit G. Cohn, est une promesse écrite de paiement (et non l'obligation de rembourser une somme prêtée), et ce peut être soit la promesse de paiement d'un capital, soit la promesse de paiement d'une rente, soit la promesse de paiement d'une rente et d'un capital. L'émettant peut l'offrir au preneur à titre gratuit ou à titre onéreux. Si, dans

¹ Gengler ; Sachse ; Kuntze ; Endemann ; Bekker ; Unger ; Garcis ; G. Cohn ; von Stein.

« ce dernier cas, l'équivalent, comme il est de règle, « consiste en argent, on se trouve en présence d'une « vente... L'objet en est... le titre confectionné à cet « effet, ou le droit à l'action qu'il contient. Le prix « peut surpasser le montant nominal du titre, l'égaliser « ou lui être inférieur. »

Les partisans de ce système l'exposent assez facilement : ils disent avec assez de précision ce qui d'après eux est la vérité juridique ; mais lorsqu'après avoir formulé leur théorie, ils ont à expliquer comment l'obligation peut faire l'objet d'une véritable vente, ils ne laissent point d'être fort embarrassés. Le titre même qui constate l'obligation et la matérialise en quelque sorte, porte en effet d'ordinaire le mot « emprunt » et semble protester ainsi contre le système de la vente. Aussi certains, tel Thol, pour tourner la difficulté, disent-ils qu'on « déguise » l'opération juridique sous un contrat de prêt. Kuntze, Bekker et Unger prétendent, eux, que si les titres par ce mot « emprunt » énoncent une cause, ils n'en contiennent pas moins une promesse abstraite de paiement ».

Rien d'étonnant que devant cette difficulté, certains auteurs allemands ¹ s'élèvent contre cette théorie, la réprouvent et rattachent le contrat d'obligation à l'idée de prêt.

Néanmoins le système de la vente compte encore en Allemagne de nombreux partisans.

*
* *

D'où vient ce système ? Il paraît être corollaire des trois principales théories émises au sujet de la nature du titre au porteur, et qui sont : la théorie de la per-

¹ Par ex. : Brunner ; Regelsberger ; Goldsmidt.

sonnification, celle de l'engagement unilatéral par la création du titre, celle de l'engagement unilatéral par la rédaction du titre. Aussi voyons-nous tous les jurisconsultes qui soutiennent l'une de ces théories, souscrire à celle qui nous occupe. Exposons sommairement ces théories.

Théorie de la personnification ¹. — D'après elle, c'est le titre au porteur qui est créancier ; le porteur ou présentant n'a droit à la prestation qu'en qualité de représentant, de mandataire du titre, d'intermédiaire entre le titre et le débiteur ; en un mot, c'est le titre qui est sujet du droit. Voilà, résumée très sommairement, l'essence même de la théorie de la personnification qu'on pourrait aussi bien appeler théorie de l'incorporation.

Si étrange que nous paraisse cette idée de personnification, elle a au moins ce mérite qu'elle n'admet pas l'existence d'une dette sans un créancier : ce créancier est une chose, il est vrai, mais la formule de cette doctrine est certes moins bizarre que celle du système de l'engagement unilatéral, lequel admet dans certaines circonstances, une dette sans créancier.

Théorie de l'engagement unilatéral par la création ². — Cette théorie se formule en des termes très simples : l'obligation naît de la création du titre, mais elle n'acquiert son efficacité que si un tiers s'est saisi de ce titre ; car, jusque-là, il n'y a pas de créancier.

¹ Schweppe, T. 3. § 371 — Bekker A. p. 292 et suiv. et C. p. 562 et suiv.

² Inventée par M. Kuntze, soutenue par Borchard et Jacoby ; Endemann ; Ihering ; Beseler ; Blaschke ; Baehr ; Stein.

Théorie de l'engagement unilatéral par la rédaction ¹. — D'après cette théorie, la simple rédaction du titre fait naître l'obligation, et, si la détention d'un tiers est nécessaire pour que l'engagement puisse être suivi d'effet, ce n'est pas qu'aucune raison juridique l'exige, c'est simplement parce qu'il est impossible en fait que le souscripteur, encore détenteur du titre, fasse valoir lui-même le droit qui y est attaché. En un mot, l'obligation est née, mais elle « repose » tant que le titre est encore aux mains de l'émettant.

*
* *

Ces trois systèmes qui ont été émis par des jurisconsultes différents, qui se soutiennent par des arguments différents, ont servi de base au système de la vente qui nous occupe. Tous trois placent en face de l'émettant non pas un créancier, mais un titre. En créant le titre, le débiteur a simplement créé un objet matériel destiné à servir de fondement à son engagement, ou s'il a créé en même temps son engagement, l'existence de son engagement, pour être juridique, n'est que virtuelle, et, dans tous les cas, l'existence réelle et efficace de l'engagement est subordonnée à l'acquisition du titre. Cette condition s'explique naturellement. Puisque le droit s'incorpore dans le titre, il est logique que l'acquisition du droit soit subordonnée à l'acquisition du titre. C'est donc l'acquisition du titre qui règlera celle du droit. Or, cette acquisition de propriété nécessaire à la perfection de l'obligation s'opère normalement par le transport de la propriété du titre, par la vente par conséquent.

¹ Siegel notamment.

Telle est l'origine du système de la vente. Ces théories qui ont engendré une telle conséquence sont-elles exactes ? Si elles sont fausses, leur conséquence tombe d'elle-même. Nous le verrons plus loin.

DEUXIÈME SECTION

DISCUSSION ET RÉFUTATION

DE L'IDÉE DE VENTE

Pour le moment, nous prenons ces théories pour vraies, et, comme elles le veulent, nous admettons qu'il est possible d'envisager l'émission d'obligations comme une mise en vente de créances contre soi-même. Cette conception doit-elle prévaloir ?

Si l'on ne s'en réfère qu'à l'apparence et à l'usage courant, une telle idée ne doit choquer personne. N'est-ce pas tous les jours qu'on entend dire d'un capitaliste qu'il a acheté des obligations de telle émission ? S'il a acheté ces titres, c'est bien que la société les lui a vendus. Et l'expression de « vente à robinet » n'est-elle pas très expressive ? On sait ce qu'il faut entendre par là. Les grandes sociétés, notamment les Compagnies de chemins de fer, qui demandent des capitaux considérables, mais qui pourtant n'en ont besoin qu'au fur et à mesure de l'avancement des travaux entrepris ou de la construction du matériel nécessaire, écoulent suivant leurs besoins les obligations créées. On peut, pour s'en procurer, aller chez un agent de change, comme aussi aux bureaux de la Compagnie. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, on dira qu'on a acheté une obligation de chemins de

fer. La pratique journalière, qui a déjà créé d'une seule pièce les obligations et leurs modalités, semble donc caractériser d'elle-même la nature juridique de l'acte accompli.

Apparemment et aux termes d'un usage constant, le contrat intervenu ne serait donc qu'une vente.

Notre droit est-il absolument opposé à cette théorie?

Cette conception n'est pas nouvelle en France : ce n'est pas une création de l'esprit : ce n'est pas non plus une hypothèse construite par un auteur. Elle peut invoquer en sa faveur une vieille disposition coutumière, le mécanisme juridique de la rente constituée, et aussi une idée presque contemporaine de notre code civil, consacrée par un décret de l'époque révolutionnaire ¹, le système de la cédule hypothécaire.

Qu'y a-t-il de choquant dans l'idée que l'émettant vend à autrui le droit d'exiger de lui-même des prestations périodiques destinées à s'éteindre à une époque déterminée à l'avance, et distribuée d'une façon particulière ? Dans notre ancien Droit, la constitution de rente, qui n'est autre chose, n'était-elle pas considérée comme une vente et non comme un prêt ? La chose vendue, c'était la rente : cette chose était *constituée*, c'est-à-dire créée par le contrat de vente, d'où le nom de rente *constituée*, *census constitutivus*. Le prix, c'était le capital abandonné par l'acheteur, comme contre-valeur de la rente. A vrai dire, la constitution de rente fut imaginée pour éluder la prohibition du prêt à intérêt. Mais elle n'en eût pas moins une existence juridique indiscutable et indiscutée ; et la rente constituée s'est conservée avec son caractère

¹ Décret 9 messidor, An III, article 36.

de vente, sous l'influence des prohibitions canoniques, jusqu'à la Révolution. Notre ancien droit plaide donc en faveur de ce système.

L'époque révolutionnaire a aussi connu le système de la cédule hypothécaire, qui présente avec l'obligation les mêmes caractères essentiels. Qu'avait à faire le citoyen qui voulait trouver de l'argent sur ses propriétés ? Il se rendait au bureau des hypothèques dont il relevait ; là, il requérait une cédule hypothécaire que lui délivrait le conservateur. La cédule mentionnait le montant de la somme que le requérant avait indiqué, et les biens affectés à la sûreté du paiement. Une fois en possession de la cédule, celui qui l'avait obtenue, la vendait contre espèces, en la passant à l'ordre de celui qui l'achetait. Quelle autre opération intervient dans l'hypothèse d'émission d'obligations par une société anonyme ? Cette société crée elle-même des titres contre elle-même, des titres aux termes desquels elle se reconnaît débitrice de telle ou telle somme stipulée remboursable dans des conditions déterminées ; et elle vend ses titres contre elle-même pour le montant des sommes indiquées sur eux-mêmes aux obligataires qui les achètent. La ressemblance est donc frappante.

De l'analyse succincte qui précède, il n'apparaît qu'une différence méritant d'être signalée, tirée de la nature économique des deux opérations : la cédule est une monnaie de crédit réel, l'obligation est une monnaie de crédit personnel. Mais au fond et au point de vue juridique, l'opération est identique dans les deux cas.

Rien ne s'oppose donc, en France, dit-on, à ce que l'on considère comme une vente, à ce que l'on qualifie juridiquement, et que l'on traite comme tel le con-

trat passé entre l'émettant et le premier preneur. Et nous venons de voir les raisons que l'on a fait valoir à l'appui de ce système.

*
* *

Ces raisons sont-elles suffisantes pour nous le faire adopter ? Pour certains, elles peuvent le faire paraître admissible. Nous, nous ne l'admettrons pas.

Peut-être, à la rigueur, pourrait-on concéder que ce système donne une explication plausible de l'opération intervenue. Il n'est pas un non-sens. Mais ne voyons-nous pas parfois des théories avoir une apparence de vérité, alors qu'elles sont complètement erronées ? Ne pourrait-on pas dire de cette idée de vente, qu'elle est au système qui voit dans le contrat d'obligation un prêt à intérêt, ce que la ligne brisée est à la ligne droite, un chemin détourné pour arriver au même but ?

Et encore faut-il pour cela se laisser séduire par cette théorie, et ne pas l'examiner plus attentivement dans ses conséquences.

Quels résultats juridiques entrainerait-elle ?

Les résultats juridiques d'un tel système seraient des plus importants. Il faut, en effet, bien remarquer que cette théorie embrasse non-seulement les émissions d'obligations, mais aussi l'émission de tout titre au porteur. L'admettre, n'est-ce pas effacer du Code le prêt de consommation, dont la nature juridique n'est pourtant discutée par personne, car tout prêt donne lieu en fait à la délivrance d'un titre de reconnaissance, et il n'est titre de ce genre qui ne puisse être au porteur.

Et puis, ne peut-on pas, avec cette théorie, faire un pas de plus, et, en suivant son raisonnement, ne

pourrait-on pas faire rentrer en elle nombre de contrats du droit civil et du droit commercial ? Toutes les fois que, dans un contrat, on délivre un titre impersonnel en échange d'un versement d'espèces, ne peut-on pas dire qu'il y a vente ? L'émission des billets de chemins de fer, de bateau, de théâtre, les bons de consommation devraient donc être considérés comme une vente, et c'est d'ailleurs le résultat auquel on est arrivé en Allemagne. Ce ne sont pas seulement de simples « titres de légitimation » ; ce sont de véritables titres au porteur ; car ne se débitent-ils pas à guichet ouvert contre argent comptant ?

Et si l'on va plus loin encore, si l'on dit que l'acheteur a moins acheté un titre qu'un droit, par exemple le droit d'être transporté d'un endroit à un autre, on ne sait plus où s'arrêter ; car, avec de tels raisonnements, il est facile de ramener à l'état de vente toutes les conventions où, contre de l'argent, une personne assume une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. Pour prendre un exemple entre autres, le propriétaire qui loue un appartement dans sa maison, que fait-il ? Avec le système que nous étudions, vous répondrez de suite : mais il vend contre des loyers, contre des espèces, l'obligation qu'il prend de faire jouir paisiblement son locataire de l'appartement dont il s'agit.

C'est ainsi que l'on pourrait prendre plaisir à décomposer de la sorte la plupart des contrats « nommés » du Code civil et du Code de commerce, qui ont pourtant une nature juridique particulière. N'avons-nous pas démontré *per absurdum* la fausseté de ce système ?

Le système de la vente encourt encore un reproche aussi grave. Ses partisans l'admettent, lorsqu'il s'agit

d'une émission d'obligations *au porteur*, mais maintiennent l'idée de prêt au cas où il est émis des obligations *nominatives*, car la personnalité du prêteur apparaît nettement dans la création de ces derniers titres. Quelle situation juridique singulière dès lors, lorsqu'il est émis à la fois des titres nominatifs et des titres au porteur ! Pour une partie de l'émission, il y aurait prêt, et pour l'autre, il y aurait vente ! Cette impossibilité réfute une telle théorie.

TROISIÈME SECTION

DISCUSSION ET RÉFUTATION

DES THÉORIES D'ORIGINE

Nous avons essayé de réfuter le système de la vente, en admettant pour vraies les doctrines relatives à la nature du titre au porteur, dont il est la conséquence et le corollaire. Pour le faire tomber complètement, nous n'avons qu'à combattre ces doctrines qui en sont le principe.

Nous savons en quoi consiste la théorie de la personification. Son énoncé seul la réfute, et l'on pourrait ne pas insister, si on ne la trouvait exprimée d'une façon très nette dans certaines décisions judiciaires françaises. « Attendu, dit un arrêt de la Cour « d'Aix ¹, que toute *obligation personnelle* disparaît, « qu'il est vrai que la créance de la société subsiste...

¹ Aix, 3 décembre 1888, Sir 89.2.25. Il s'agissait de l'application de l'article 3 de la loi du 24 mai 1867. Une question de dette était donc en jeu et non pas une question de créance ; mais les principes sont les mêmes.

« mais que la charge de la libération n'incombe plus
• qu'au titre, qu'elle lui est essentiellement inhé-
• rente, que la détention du titre se passe de toute
« antériorité d'origine... »

Il faut donc faire justice une fois pour toutes de ce pseudo-principe, dont la valeur pratique est grande, mais dont les principes commandent de s'écarter.

L'idée d'un titre créancier a quelque chose de si étrange, qu'on comprend difficilement qu'elle ait pu être émise. C'est un jeu de mots vide de sens, car on ne saurait concevoir de dette sans créancier, et le créancier ne peut être qu'une créature humaine, non une chose inanimée, telle qu'un morceau de papier.

Mais, a-t-on dit, il existe des droits absolus, des droits dont jouit une personne ou une chose sur une autre chose en quelque main qu'elle soit, par exemple l'hypothèque et les servitudes réelles ou personnelles ; ceci n'est pas douteux. Pourquoi n'y aurait-il pas des obligations absolues, en vertu desquelles une personne s'engagerait envers une chose en quelques mains que cette chose passât ?

On ne verrait aucun inconvénient à ce que le droit positif reconnût des obligations absolues dans des circonstances déterminées ; mais ce n'est évidemment pas une raison pour prétendre qu'elles y sont admises ; d'un autre côté, les différences entre les droits absolus, ou pour les appeler par leur nom, les droits réels, et les obligations absolues sont trop considérables pour qu'on puisse ajouter foi au parallélisme qu'on prétend établir. S'il est très convenable qu'un droit puisse être exercé sur une chose, sans même que le propriétaire de cette chose entre en scène, on ne comprend plus du

tout qu'une obligation puisse être exercée par une chose sans le concours du propriétaire de cette chose, et si ce concours est nécessaire, en vertu de quel principe nous démontrera-t-on que le propriétaire agit comme représentant du titre et non pas en son nom personnel ? La seconde idée est celle qui vient le plus naturellement à l'esprit.

Si donc ce n'est pas envers un titre qu'un débiteur est engagé, il ne peut vendre ce titre qui ne serait qu'une créance contre lui-même. Ainsi tombe le système de la vente.

*
* *

La théorie de la création inventée par M. Kuntze n'a pas, comme celle de l'engagement unilatéral par la rédaction, l'ambition de se justifier au point de vue historique, ni même de se rattacher à un système législatif dont elle ne serait qu'une application. Elle se donne à elle-même comme une exception qui s'impose pour deux raisons.

La première de ces raisons est que cette opinion produit des résultats utiles au commerce : passons.

La seconde est que dans les actes solennels, l'obligation s'incorpore au titre, et que dans les titres qui incorporent une obligation, l'existence du titre fait naître par elle-même le droit.

Rien de tout cela n'est vrai : le titre au porteur n'est pas solennel : le droit ne s'y incorpore qu'en un certain sens ; enfin si l'on admettait cette incorporation, elle n'existerait par la volonté des parties qu'après que le droit lui-même est né ; et il ne peut être question de faire naître un droit par un écrit, lorsque le bénéficiaire n'a pas même connaissance de cet écrit.

C'est, nous dit-on, une erreur : « Vous rendez la « volonté du signataire conditionnelle, en ne faisant « naître son obligation qu'après la remise du titre ; sa « volonté est de s'engager immédiatement, parce « qu'il faut que cette volonté existe ¹. »

Nous pouvons nous dispenser d'apprécier cette bizarre argumentation : une volonté qui existe, par ce qu'il faut qu'elle existe, est une de ces idées étranges qui peuvent séduire un jurisconsulte à court d'arguments ; l'idée que le système contraire admet une volonté conditionnelle, parce qu'il n'admet pas de volonté avant que le titre soit transmis, est une erreur grossière.

Lorsqu'on ajoute, comme M. Kuntze, que le titre qui, une fois rédigé, vaut pour son contenu, ne peut ne pas valoir pour son existence, on exprime l'un de ses soi-disant axiomes juridiques, assez familiers aux jurisconsultes de certains pays étrangers, qui sont absolument irréfutables par la bonne raison qu'ils sont incompréhensibles.

Nous venons donc de faire justice de ce système qui prétend que l'obligation naît de la création du titre, mais n'acquiert son efficacité que si un tiers s'est saisi de ce titre, et en même temps de sa conséquence qui est le système de la vente ; car ce système veut qu'une fois le titre créé, pour que l'obligation existe utilement, il soit vendu à un tiers, qui se sert ainsi du titre et devient créancier.

*
**

C'est par beaucoup d'arguments qu'on a voulu

¹ Kuntze, p. 70, § 14.

démontrer la véracité du système de l'engagement unilatéral par la rédaction. Notre droit, a-t-on dit, ne répugne pas à l'idée d'un engagement par la simple rédaction du titre ; et on a soutenu que le contrat n'est plus la seule source des engagements nés de la volonté, et qu'il faut y joindre, dans certains cas assez nombreux, l'engagement unilatéral ou plutôt l'offre non acceptée. Cette idée neuve a été assez solidement développée, pour que nous discussions sommairement les arguments qu'elle fait valoir à son appui et que nous essayions de la réfuter.

Cette théorie se prévaut du droit romain et du droit germanique.

Du droit romain, et l'on cite des exemples qui sont pour la plupart exacts : il y avait en effet engagement unilatéral dans la *dotis dictio*, dans la *confessio in jure*, dans la *pollicitatio*, dans la promesse faite à celui qui accomplira certains faits, telle la déclaration comprise dans la nomination d'un *magister navis* ou d'un *exercitor*, dans le *votum*, enfin dans le serment promissoire.

Mais si, en droit romain, dans certains cas exceptionnels et très limités, l'engagement non accepté obligeait son auteur, le principe général était contraire, et l'acceptation était exigée.

Aussi s'appuie-t-on surtout sur l'argument historique du droit germanique. Là, dit-on, ce n'était pas le contrat que l'on considérait, mais l'offre et l'acceptation qui en sont les deux éléments. Or l'offre était considérée comme l'élément important, l'acceptation comme l'élément accessoire ¹.

Mais quelqu'ait été le rôle de l'acceptation, dans le

¹ Voir : Unger, B., p. 362, etc. — Gengler, p. 435, § 124 — Beseler, C., § 101 — Siegel, A., p. 48 — G — A. Schmidt.

vieux droit germanique, si effacé fut-il, cet élément du contrat n'en existait pas moins, et cela suffit pour faire écarter la notion d'engagement unilatéral.

Et si, dans certains cas, il est vrai qu'on attachait l'obligation à la volonté unilatérale du débiteur, pour détruire la portée qu'on voudrait en tirer, nous n'avons qu'à déclarer que ces principes ont été détruits par la réception du droit romain, et qu'il n'en est rien resté dans le droit moderne.

Le principe sur ce point est certain, et l'opinion contraire serait en opposition avec l'équité la plus élémentaire et le plus simple bon sens. Comment admettre qu'une personne puisse être obligée par sa simple déclaration écrite ou verbale, et qu'elle ne puisse plus, même lorsque cette déclaration n'a pas été acceptée, déchirer l'écrit ou révoquer ses paroles ? Ne serait-il pas exorbitant de reconnaître la validité de son engagement, alors que peut-être elle a entendu plaisanter, ou récompenser des services qu'elle reconnaît ensuite n'avoir pas été rendus, ou s'engager en vue d'un événement qui ne s'est pas produit ?

Sans doute, quelques législations admettent la *pollicitatio* avec les effets qu'y attachait le droit romain ; sans doute, les législations germaniques admettent dans certains cas les *vota*, les promesses de récompense.

Mais qu'en peut-on conclure ? Que l'engagement unilatéral est une exception, admise par la législation quand elle en sent la nécessité, or toute exception est restrictive, et il a fallu beaucoup d'audace pour violer ce vieil axiôme, et dire que, partout où une institution, admise dans la pratique, est injustifiable sans le secours de cette théorie, il ne faut pas hésiter à la lui appliquer.

QUATRIÈME SECTION

THÉORIE DU CONTRAT

Et pourtant il est si simple d'expliquer la nature du titre au porteur non par ce système de l'engagement unilatéral, mais par la théorie du contrat. Le souscripteur est engagé lorsqu'il se dessaisit, en vertu d'une convention spéciale ou de l'exécution d'une convention préexistante, du titre préalablement signé par lui, et non lorsqu'il donne cette signature ; il s'engage envers la personne à laquelle il remet le titre et non envers le titre lui-même.

Nous avons réfuté les arguments qui plaidaient en faveur des théories relatives à la nature du titre au porteur, que nous avons été amené à exposer dans cette étude du système de la vente, comme en étant le principe. Le principe tombant, la conséquence doit donc aussi tomber.

Pour être complet, il nous faudrait aussi réfuter toutes les objections que les partisans de ces théories font à la théorie du contrat que nous venons de décrire. Mais notre tâche n'étant pas de faire l'étude très détaillée de la nature du titre au porteur, nous nous bornerons à examiner la principale objection faite à la théorie du contrat, en l'appliquant au contrat d'obligation.

Suivant nous, il intervient un contrat de prêt entre la société emprunteuse et l'obligataire, au moment du moins où ce dernier lui verse ses fonds. L'obligataire a dès lors une créance qu'il pourra transmettre par voie de cession. Or, objecte-t-on, si un engage-

ment est contracté par la société émettante envers l'obligataire, et par là j'entends le premier obligataire, comment admettre qu'il puisse y avoir un engagement de la société emprunteuse vis-à-vis d'un cessionnaire du premier preneur, qui n'a jamais traité avec elle, et est inconnu d'elle. Combien plus facilement comprend-on, au contraire, le mécanisme de la cession, si l'on admet que le titre seul est créancier. Qu'importe dès lors qu'il circule entre plusieurs mains, puisque la société débitrice ne connaît que le titre, et que ce n'est jamais que ce titre qu'elle remboursera, juridiquement.

Cette objection n'est-elle pas plus apparente que réelle ? et la solution de la difficulté ne doit-elle pas se trouver dans les principes généraux du droit en matière de cession de créances ?

S'il s'agit d'une créance ordinaire, pour la céder valablement et efficacement, l'article 1670 du Code civil exige que le cessionnaire signifie sa cession au débiteur, ou bien encore que ce dernier accepte la cession par acte authentique. Telles sont les mesures de publicité, voulues par la loi, pour indiquer au débiteur entre les mains de qui il doit se libérer.

Voilà le droit commun, mais en droit commercial et en matière d'actions et d'obligations, les modes de publicité sont autres et varient suivant la nature du titre qui peut être, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le dire, au porteur, nominatif ou à ordre. Suivant ces cas, la simple tradition, le transfert sur un registre spécial de la société, ou un endossement suffisent pour opérer la cession ; et ces modes de publicité pour différer de ceux du droit commun, n'en saisissent pas moins le nouveau créancier à l'égard des tiers, débiteurs ou autres.

La théorie du contrat ne soutient donc pas, contrairement à ce que ses adversaires prétendent, qu'il y a un engagement direct pris par le débiteur vis-à-vis de tous les porteurs successifs d'un même titre. Le débiteur ne s'oblige pas plus, d'après elle, lors du contrat d'obligation, envers le futur porteur, que ne le fait, en général, tout débiteur vis-à-vis du cessionnaire éventuel d'une créance ordinaire, qui avant l'époque de l'échéance, lui aura signifié en dernier lieu le transport, ou qu'il aura en dernier lieu accepté pour créancier dans un acte authentique.

Mais elle explique le lien qui existe dans ce cas entre le porteur et le débiteur, par la théorie de la cession.

Ainsi tombe l'objection formée par les adversaires de la théorie du contrat. Sans doute l'illusion est facile en faveur de leur système à ce sujet, car, par suite du rôle assigné par la volonté des parties au titre de reconnaissance dans la transmission éventuelle de la créance, celle-ci apparaît comme matérialisée, comme incarnée dans le titre lui-même, comme transmissible, elle aussi, de la main à la main. Mais il faut bien remarquer que la possession du titre ne fait pas naître chez le porteur la qualité de créancier : le porteur, comme tel, n'est jamais qu'un créancier apparent, et ne saurait puiser dans la formalité de publicité qui l'a investi du droit de créance vis-à-vis des tiers, la raison même de son droit ; ce droit ne peut résulter que d'une convention préalable. Si le titre est perdu ou détruit, la créance n'en subsiste pas moins ; si le titre est volé, le créancier dépossédé n'en demeure pas moins créancier ; seul, le système de publicité se trouve faussé, et il y a lieu simplement d'en avertir les tiers par un autre moyen.

De la réfutation que nous avons faite du système de

la vente par les impossibilités qui en découlent, en admettant pour vraies les théories sur la nature du titre au porteur qui en sont le principe; de la réfutation de ces théories; de la véracité juridique du système « du contrat » auquel nous nous rallions, il résulte donc bien que le contrat d'obligation n'est pas une vente, mais bien un prêt à intérêt.

CINQUIÈME SECTION

DROIT ÉTRANGER

Pour en terminer avec le système de la vente, nous devons dire qu'il n'est pas particulier à l'Allemagne, bien que ce soit là qu'il est soutenu avec le plus de passion. Il est aussi admis en Autriche, et nous avons eu, au cours de cette étude, l'occasion de citer le nom d'un grand jurisconsulte autrichien, Unger, qui est partisan de cette théorie. C'est en s'autorisant de l'opinion d'Unger que, lors de la discussion au parlement autrichien, du projet tendant à remédier aux abus commis dans les opérations de crédit, qui aboutit à la loi du 28 mai 1881, des députés et le commissaire du gouvernement lui-même soutinrent le système de la vente; et c'est au nom de l'idée de vente dont elle était la négation pure et simple, qu'ils réussirent à faire rayer du projet, malgré une brillante opposition des partisans de la doctrine du prêt, une disposition prescrivant que, dans le prêt de consommation, l'emprunteur ne pourrait jamais, en principe, s'engager à restituer plus que les deniers ou les objets reçus ¹.

¹ Voir séance de la Chambre des députés autrichienne du 4 février 1881, Kaserer, p. 186 et s., et aussi p. 196 et 199.

Mais si ce système triomphe dans les législations germaniques, il est repoussé par les législations latines. En Belgique, dans l'affaire du Grand-Luxembourg, on voulut soutenir que le contrat d'obligation était une vente et non un prêt ; ce fut sans succès. La Cour d'appel de Bruxelles jugea « qu'il constitue un « véritable emprunt de la part de l'emprunteur et un « prêt à intérêt de la part des obligataires » ¹. — En Italie le système de la vente a été pareillement repoussé. Les obligations sont définies comme des titres émis en représentation d'un prêt dans les travaux préparatoires du code de commerce et dans certaines autres lois spéciales, notamment dans les lois du 19 juin 1870 et du 21 novembre 1880. Les émissions d'obligations faites par les sociétés de chemins de fer, en vue de la construction de nouvelles voies ferrées sont, il est vrai, qualifiées d' « aliénations » ; mais les jurisconsultes italiens expliquent ce mot par cette circonstance que les constructions sont faites pour le compte de l'Etat, et que les titres émis ont déjà, lors de l'émission, une valeur présente, l'Etat garantissant le remboursement. A part cette exception, la doctrine et la jurisprudence envisagent unanimement l'opération comme un prêt.

Dans les autres législations européennes, il est difficile de savoir si la question s'est posée, et s'il y a eu controverse. Nous croyons que l'opinion dominante est conforme à la nôtre, et qu'on voit dans le contrat d'obligations un prêt à intérêt et non une vente.

¹ C., Bruxelles, 18 février 1888. *J. des Trib.*, 1888, 276.

CHAPITRE QUATRIÈME

Système du prêt collectif ou de la Société de prêteurs

PREMIÈRE SECTION

EXPOSÉ ET ORIGINE DU SYSTÈME

La théorie la plus récente consiste à dire qu'en face de la société, emprunteur unique, il y a un prêteur unique, l'ensemble des obligataires, unis entre eux par un lien de société, et formant une société civile de prêt à forme commerciale. L'obligataire s'associerait positivement avec d'autres pour constituer à eux tous les ressources nécessaires au succès de l'émission. De même qu'un acheteur ou un souscripteur d'action, par le simple fait de son achat ou de sa souscription, entre *ipso facto* dans une société d'actionnaires, de même un acheteur ou un souscripteur d'obligation, aux dires de cette théorie, entrerait *ipso facto* dans une société d'obligataires. Les obligataires seraient les actionnaires *sui generis* d'une société d'obligations. Au résumé, dans une société anonyme qui a émis des obligations, il y aurait en réalité deux sociétés anonymes : 1° la société des actionnaires cons-

tituée dès l'origine, 2° la société des obligataires constituée du jour de la réussite de l'émission d'obligations. L'emprunteur, c'est la société des actionnaires ; le prêteur, ce serait la société des obligataires.

Cet exposé succinct nous montre de suite la différence profonde qui existe entre ce système et le premier que nous avons exposé, celui de l'obligataire-associé. Ce système voulait faire entrer l'obligataire dans la société elle-même des actionnaires, tandis que celui que nous exposons, laisse de côté la société des actionnaires pour faire entrer l'obligataire dans une société d'obligataires existant de plein droit, par le fait même qu'une émission d'obligations a eu lieu et a réussi.

Remarquons aussi qu'aucune difficulté nouvelle n'apparaît dans ce système sur la nature des rapports de ces deux sociétés : cette théorie reconnaît bien que le contrat intervenu est un contrat de prêt ; mais où elle se différencie des autres déjà exposées, et de celle que nous adopterons, c'est en ce qu'elle considère chaque obligataire pris isolément comme ayant fait deux contrats : un contrat de prêt à intérêt à la société, et d'autre part, un contrat de société avec les autres obligataires, de telle sorte qu'un obligataire n'est considéré comme prêteur que parce qu'il fait partie d'une société qui a fait le prêt total et global à la société emprunteuse.

*
* *

Ce système n'est que le résultat des efforts qui, à la fin du siècle dernier, ont été faits en vue de grouper les obligataires. Dans la théorie que nous admettons, en effet, les obligataires sont isolés ; et leur isolement, dit-on, entraîne de gros inconvénients tant au point de vue de l'ordre social et de l'intérêt des obliga-

taires qu'à celui de l'intérêt de la société emprunteuse elle-même ¹.

L'ordre social demande le développement normal des fortunes, et la sécurité des placements faits par les individus. Comment arriver à ce résultat, comment empêcher les fraudes qui sont si fréquentes dans les émissions d'obligations, comment connaître la sincérité de telles émissions ? par le groupement des obligataires qui leur permet de se rendre compte plus facilement des conditions dans lesquelles s'effectue l'emprunt, de voir s'il est sérieux ou non, et de dénoncer les manœuvres relevées. Et puis, si des difficultés naissent entre eux, prêteurs, et la société emprunteuse, le groupement des obligataires évitera de multiplier les procès, ce qui encombre les tribunaux, et est une cause de lenteurs et de frais inutiles.

L'intérêt des obligataires est aussi de se grouper. S'ils sont isolés, ils sont exposés aux dangers d'actes frauduleux commis à leurs dépens par les administrateurs de la société. « Ils ignorent tout, n'interviennent en rien, sont impuissants à surveiller qui que ce soit et à contrôler quoi que ce soit ². » M. Paul Leroy-Beaulieu insiste beaucoup sur ce point dans les articles sur la question ³, et donne des exemples frappants d'abus commis à cause du manque de cohésion des obligataires.

Il semble dès lors que ce ne soit pas dans l'intérêt de la société que les obligataires soient groupés ; car ils vont pouvoir aisément contrôler ses moindres actes et opérations. Il n'en est rien pourtant. Une

¹ Poissonnier : *Du groupement des obligataires dans les sociétés*, p. 22

² Henri Pascaud : *Revue critique*, année 1892, p. 558.

³ *Economiste français* du 13 décembre 1879 entre autres,

gestion sérieuse ne doit jamais craindre d'être contrôlée. Si cela gêne certaines sociétés où, hormis un ou deux administrateurs, personne ne sait rien de la gestion sociale ni des abus commis, tant mieux ; on verra moins de sociétés acculées à la ruine et à la faillite. Quelle facilité, par contre, pour la société sérieuse qui a besoin de conférer avec ses créanciers obligataires, si sa situation devient difficile, si elle a besoin de délais pour se libérer ou d'une nouvelle émission qu'elle voudrait faire privilégiée pour faciliter le succès de l'emprunt.

L'isolement des obligataires étant un inconvénient, il fallait donc songer à y remédier. Mais comment ? De nombreux systèmes visant des cas particuliers et des hypothèses spéciales ont été soutenus. Notre but n'est pas de les exposer ; nous nous bornerons à renvoyer en bloc à tous les ouvrages qui en parlent ¹. Nous ne nous arrêterons pas davantage à deux systèmes établissant un groupement permanent entre les obligataires ².

L'un utilise pour atteindre son but la loi du 1^{er} juillet 1901 sur le contrat d'association.

L'autre veut former entre les obligataires une société pour la défense de leurs droits.

Sans préjuger de la légalité et de l'efficacité de ces systèmes, on nous permettra une seule remarque : ce n'est qu'après le contrat d'obligation que, soit une association, soit une société pourraient se créer entre les obligataires d'une même société dans le but direct de

¹ Voici les principaux auteurs qui traitent des inconvénients de l'isolement des obligataires et des avantages que leur procurerait le groupement : Beauregard, Bellier, Boucaud, Brandéis, De Courcy, Houpin, Juglar, Paul Leroy-Beaulieu, Moulin.

² Idem.

se grouper pour leur plus grand intérêt. Ce serait donc un contrat postérieur qui interviendrait entre les obligataires. Ce contrat ne saurait influencer sur la nature de celui qu'ils ont contracté avec la société débitrice ; car c'est au moment de la perfection du contrat qu'il faut se placer pour en apprécier la nature.

Et si, comme certains le prétendent, soit une association, soit une société sont possibles au jour de la souscription ou de la réalisation de l'émission, il faut pour que l'une ou l'autre existe, qu'on en ait pris l'initiative, et qu'on l'ait stipulée, pour que les souscripteurs ou les obligataires puissent y consentir. Même en admettant la possibilité juridique de ce système, la nature réelle du contrat d'obligation ne saurait changer ; car, remarquons-le, si on n'a rien stipulé, il n'existe que la promesse de prêt ou le prêt à intérêt pur et simple ; et si on a stipulé quelque chose, c'est un contrat d'association ou de société qui est accessoire du contrat qui nous occupe, mais qui n'existe pas parce que l'un ne pourrait pas exister sans l'autre.

Qu'importe donc que, dans certains cas, un autre contrat, contrat d'association ou de société, mais contrat facultatif, accessoire et indépendant, intervienne, pour notre étude du contrat d'obligation.

DEUXIÈME SECTION

THÉORIE DE M. THALLER

Il devait appartenir à une théorie plus hardie d'établir un groupement entre les obligataires de plein droit et sans qu'il soit besoin de le spécifier. L'hon-

neur en revient à M. Thaller¹ qui est le promoteur du célèbre système du prêt collectif ou de la société de prêteurs, dont nous avons donné une analyse au début de ce titre, et que nous nous proposons d'étudier.²

Pour grouper les obligataires, M. Thaller part de cette idée que, lorsqu'une société fait appel au public pour l'émission d'un emprunt global dont le chiffre est annoncé à l'avance dans les prospectus d'émission, et dont le montant doit se diviser entre un nombre plus ou moins considérable de souscripteurs, ces souscripteurs ne demeurent pas complètement étrangers les uns aux autres, sans cohésion, mais qu'au contraire il existe entre eux, à raison même de l'unité de l'emprunt et de la communauté des intérêts, des rapports analogues à ceux qui unissent les divers actionnaires d'une société anonyme.

« Toutes les explications passées, dit M. Thaller³,
« dépendaient de l'idée que le souscripteur d'obliga-
« tions traite sans interposition avec la Compagnie à
« laquelle il apporte son argent, que chaque obliga-
« taire ignore l'obligataire voisin, fait un contrat indé-
« pendant de celui de chacun des autres, que tous
« ces porteurs de titres n'ont pour s'unir ensemble

¹ Thaller, *Construction du droit des obligataires sur la notion d'une société qui existerait entre eux* (*Annales du dr. comm.*, 1894, p. 69).

² L'origine de ce système est bien le désir de remédier aux inconvénients qui résultent pour les obligataires de leur isolement. M. Thaller commence, en effet, au début de son article, à analyser les moyens employés jusqu'à lui pour grouper les obligataires ; et il dit auparavant : « on s'est dit que l'obligataire était à peu près hors d'état à lui seul de pourvoir à la sauvegarde de ses droits. » et après, au moment d'exposer son système : « nous voudrions essayer de placer le droit des obligataires sur une assise moins précise ».

³ Thaller, *ubi supra* (*Annales*, 1894).

« aucun lien, aucun *vinculum juris*. Or, ce point de
« départ qui commande tous les systèmes admis, est
« certainement inexact. Le seul fait des émissions
« publiques et des prospectus qu'elles appuient, lui donne
« démenti. On ne prête pas à part soi cinq cents francs
« à une Compagnie, on participe à un ensemble de
« souscriptions portant sur un million. On prête en
« considération d'un agrandissement d'exploitation
« que projette l'emprunteur, et pour lequel il lui faut
« un capital sérieux, le million demandé. L'obligataire
« croit à la réussite de cet agrandissement sur le
« chiffre pécuniaire d'ensemble. Il n'agit pas à la
« manière du déposant en banque qui apporte ses cinq
« cents francs pour être noyés dans des fonds de rou-
« lement. Il s'associe donc positivement avec d'autres
« pour constituer à eux tous les ressources nécessai-
« res au succès de l'émission : moyennant quoi, ils
« deviendront à eux tous les contre-parties de la so-
« ciété qui leur emprunte. »

Qu'on n'objecte pas les obligations émises au robinet, notamment par les Compagnies de chemins de fer. Au lieu de réaliser d'un seul coup l'emprunt que nécessite la création d'une ligne nouvelle, une compagnie de chemins de fer n'émet ses obligations, n'emprunte qu'au fur et à mesure de ses dépenses ; et, s'il faut plusieurs années pour construire et achever une ligne, c'est sur une échelle de plusieurs années qu'elle répartira la réalisation d'une même émission. Eh bien ! ici même, sous l'émiettement pour ainsi dire de l'émission, M. Thaller ¹ retrouve la cohésion de l'opération, la solidarité (au sens économique et non juridique du mot) qui relie les obligations entre elles. Le tableau

¹ Thaller, *ubi supra* (Annales, 1894, p. 87, note I).

d'amortissement, établi dès le premier jour pour l'ensemble des obligations à émettre en est pour lui une preuve ; car les tirages ont lieu même si tous les titres ne sont pas émis, de telle sorte qu'il se peut que le tirage fasse sortir un numéro qui n'a pas encore été placé dans le public ; dans ce cas, il y aura confusion.

Les obligataires s'engagent donc *intuitu alterutrius* : tel est le fait qui sert d'assise à la construction du droit des obligataires, ainsi que le comprend M. Thaller. Parallèlement à la société des actionnaires qui emprunte, il y a la synthèse des obligataires qui prête. Mais comment arriver à cette conclusion que cette synthèse est une société comme celle des actionnaires ? Par « une analyse plus minutieuse de la nature « des émissions d'obligations » répond M. Thaller ; et il procède à une étude approfondie de la manière dont les choses se passent.

Il suppose une compagnie qui veut emprunter un million. En face d'elle, et pour lui prêter cette somme, un financier crée une société d'obligataires, en remplissant toutes les prescriptions de la loi de 1867 modifiée et complétée par la loi de 1893 (1^{er} août) : souscription intégrale du capital, versement immédiat d'une certaine somme, déclaration notariée de souscription et de versement, assemblée générale constitutive, nomination d'administrateurs et de commissaires, publications, etc, etc. « Chaque année....¹ l'administrateur convoquera en assemblée générale les « obligataires, il leur rendra compte de l'existence « des recettes, leur présentera comme dividende le « coupon à payer pour tous également, etc... » — Que se sera-t-il passé ? En face de la société emprun-

¹ Thaller, *ubi supra* (Annales, 1894, p. 72).

teuse, se dressera une société anonyme dont les actions seront constituées par les parts de chaque souscripteur : obligataires à l'égard de la société emprunteuse, les souscripteurs seront actionnaires entre eux. Ainsi se formera une société civile nouvelle, commercialisée en vertu de la loi de 1893, et indépendante de la société commerciale emprunteuse. Il y aura de la sorte « deux sociétés par actions, dont l'une assistera « l'autre, chacune des deux d'ailleurs ayant son personnel distinct, et grevée à part de ses frais généraux. »

« Il suffit, continue M. Thaller ¹, de modifier quelque peu les termes de l'hypothèse pour rentrer dans la réalité des faits. A quoi bon, un siège de centralisation des obligataires, se détachant du siège et du personnel de la compagnie emprunteuse ? Ce luxe d'administration double est inutile, il entraîne à la charge des obligations des frais qu'on peut pratiquement éviter. Le conseil d'administration de la compagnie principale cumulera les deux rôles. Il s'offrira aux obligataires, et cela gratuitement, pour être leur agent d'opération. L'emprunteur consent à étendre ses fonctions de manière à devenir l'organe de la société des prêteurs. Il n'y a rien dans cette confusion de pouvoirs qui heurte le bon sens... Finalement... l'analyse saisit deux groupes d'ayants droit, possédant une direction concentrique, l'obligataire ne prête pas à la compagnie, il entre dans une société qui fera ce prêt. »

Il nous reste à apprécier ce système.

¹ Thaller, *ubi supra* (Annales, 1894, p. 73).

TROISIÈME SECTION

DISCUSSION ET RÉFUTATION

Nous ne nous attarderons pas à énumérer toutes les conditions requises à peine de nullité par les lois sur les sociétés pour la validité de leur formation et qui font défaut ici. M. Thaller¹ le reconnaît lui-même : « Cette société ne donne point matière à la confection « d'une charte, d'un statut, elle n'est même pas ex- « primée. Mais elle existe au fond des intentions, et « cela suffit. »

Il faut bien avouer qu'un tel raisonnement est étrange. Ainsi, cette société anonyme de prêt, soumise théoriquement à la loi de 1867 et à celle de 1893, n'a pas besoin de s'y soumettre pratiquement ! Elle sera entachée de nullité, puisqu'elle n'a point de forme. Mais M. Thaller envisage cette nullité comme très « bénigne » et en tout cas toute platonique ! Personne n'aura intérêt à s'en prévaloir. « C'est, dit-il, « une nullité qui réserve tous les faits accomplis, et « n'est pas opposable aux tiers (art. 7, 41 et 56 de la « loi de 1867) c'est-à-dire à l'entreprise qui a emprunté « l'argent, l'unique client des obligataires. » Mais les articles 7 et 41 de la loi de 1867 modifiée par la loi de 1893 ne peuvent recevoir application dans la théorie de M. Thaller qui édifie la société des obligataires sans aucun écrit, sans aucune forme, sans aucune publicité, mais *ipso facto*, par le fait même qu'ils ont souscrit à l'émission ! Et, en admettant même que les intéressés ne puissent pas invoquer cette nullité

¹ Thaller, *ubi supra* (Annales, 1894, p. 70).

contre les tiers, les tiers peuvent l'invoquer à leur rencontre et les intéressés aussi dans leurs rapports réciproques. Et alors.....

Et puis, de quel droit appliquer la loi de 1867 à ce sujet, comme d'ailleurs à d'autres, à cette prétendue société d'obligataires. Le législateur n'a jamais pensé réglementer par elle le capital-obligation. Si le projet voté en 1884 par le Sénat, et si le projet déposé à la Chambre en 1903, voulaient soumettre les obligations à une certaine réglementation, n'est-ce pas qu'apparemment les règles édictées par la loi de 1867 pour les actions ne paraissaient pas susceptibles d'être étendues aux obligations ?

*
* *

Nous n'insisterons pas davantage sur ces deux objections, et nous préférons nous demander si une telle société remplit bien les conditions prévues par les articles 1832 et 1833 du code civil que voici : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » (Art. 1832) : et l'article 1833 ajoute : « Toute société doit avoir un objet licite et être contractée pour l'intérêt commun des parties. Chaque associé doit y apporter ou de l'argent ou d'autres biens ou son industrie.

Indépendamment des conditions que le droit commun requiert pour la perfection de tous les contrats en général (art 1108), le contrat de société, aux termes de ces articles, et la doctrine est unanime à ce sujet, renferme quatre éléments qui lui sont propres :¹
1° chaque associé doit avoir une mise, un apport,

¹ Baudry. Lacantinerie. *Précis*, tome III, p. 483, n° 752.

2° l'ensemble des mises doit constituer un fonds commun destiné à une exploitation en vue de bénéfices à réaliser, 3° chaque associé doit être appelé à participer aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise, 4° les parties doivent contracter en vue de s'associer, *affectione societatis*.

En quoi consiste l'apport de l'obligataire dans la société des obligataires de M. Thaller ? Sa mise consiste dans le montant des obligations qu'il a souscrites ; et l'on ne saurait élever des difficultés à ce sujet. Nous le concédons.

Mais où trouve-t-on le fonds commun destiné à une exploitation en vue de bénéfices à réaliser et à partager ? Sans doute, il y a une mise, un apport ; nous venons de le reconnaître. Mais les sommes ainsi versées ne restent pas entre les mains de la prétendue société d'obligataires ; elles sont de suite versées à la société emprunteuse ; et au lendemain de la libération des obligations, la société prêteuse de M. Thaller n'a plus aucune somme en caisse, et, chose plus grave, n'a plus aucun droit sur ce qu'elle a versé à la société emprunteuse. Qu'il ne reste plus un sou à la disposition de la société des obligataires, il ne saurait y avoir de doute, puisque M. Thaller reconnaît lui-même que si les obligataires ne prêtent pas, s'ils contractent simplement entre eux une société, c'est que c'est leur société qui prête. Eh bien ! lorsqu'elle a prêté, que lui reste-t-il ? Rien, pas même le droit de surveiller son capital.

Sans doute, on proteste à ce dernier point de vue ; car, aux termes même de la théorie que nous avons exposée, les administrateurs de la société emprunteuse joueront un double rôle, et seront aussi administrateurs de la société des obligataires. Ils

connaîtront donc bien ainsi l'emploi des sommes prêtées, et pourront bien les diriger.

Mais, remarquons-le, s'il est facile de leur donner sur le papier cette double fonction, il est plus difficile de le démontrer juridiquement. Ces administrateurs ne sont pas actionnaires de la société prêteuse, ils ne sont pas obligataires. Comment admettre dès lors qu'ils puissent administrer de plein droit la prétendue société anonyme d'obligataires, si on leur applique, comme le fait M. Thaller, la loi de 1867 ? Cette loi exige, en effet, que les administrateurs soient « propriétaires « d'un nombre d'actions déterminé par les statuts..... « affectées en totalité à la garantie de tous les actes « de gestion. » (art 26). De par la loi, il leur est donc défendu d'être administrateurs de la nouvelle société, dont ils ne font pas partie.

Et puis, leur intérêt est bien différent de celui des obligataires qu'ils représenteraient ; ne lui est-il même pas parfois complètement opposé ? Nous voulons bien que leur droiture et leur intérêt les poussent à employer le capital qu'on leur a confié pour le plus grand profit de la société, mais eux qui se servent et manient l'argent des autres, ne peuvent-ils pas avoir des vues et des manières de faire que les obligataires, c'est-à-dire ceux qui ont déboursé cet argent, leurs soi-disants mandants, condamneraient peut-être sévèrement ?

D'autre part, il leur serait normalement impossible de faire déclarer la faillite de la société emprunteuse. Conçoit-on que ceux qui, si une telle demande était faite, seraient tenus d'y défendre, la formulent ! Ils se garderaient bien de le faire, et s'ils le faisaient, il y aurait là une anomalie inconcevable.

Point de fonds commun, puisque tout le capital social est devenu la propriété de l'emprunteur ; s'il

peut exister un moment, il disparaît de suite, étant livré immédiatement à d'autres ; et ceux qui l'ont fourni n'ont plus qu'à attendre en se croisant les bras l'époque de leur remboursement individuel suivant les hasards du tirage au sort, et à toucher individuellement les intérêts des sommes qu'ils ont versées jusqu'au jour où ils seront remboursés.

Point d'exploitation commune, puisque ceux qui gèreraient le capital fourni par les obligataires, seraient non pas ces obligataires, mais les administrateurs de la société qui l'a emprunté.

Peut-il y avoir des bénéfices à réaliser ? La doctrine commune est qu'il n'y a société qu'autant que les parties ont pour but de réaliser des bénéfices en argent pour les partager. Où peut-on voir que les obligataires aient l'intention de réaliser des bénéfices en argent, et en fait en réalisent ? Dira-t-on que les intérêts qu'ils touchent chaque année constituent un bénéfice ? Pour nous, nous les considérons comme un loyer de l'argent qu'ils ont prêté, comme un intérêt de leur prêt ; nous n'y voyons aucun bénéfice ; et de même, qu'un prêteur ordinaire, en stipulant un intérêt à son profit, n'a pas l'intention de réaliser des bénéfices, mais compte sur une juste rémunération de l'argent dont il se prive, de même l'obligataire n'a pas d'autre intention.

Certains auteurs ont voulu étendre cette doctrine, et ont prétendu qu'il y a bénéfice dans le sens de l'article 1832 dès l'instant où les parties ont en vue un avantage de nature pécuniaire, c'est-à-dire appréciable en argent.

Et cette théorie a permis de dire que le bénéfice consistait pour chacun des obligataires en une protection plus utile et plus économique de son capital, en

une économie de frais. Conjurer une perte, en réduire l'importance, cela n'est-il pas l'équivalent d'un bénéfice ?

Pour le soutenir, on s'appuie sur le droit romain qui donnait ce sens large au mot société. M. Accarias ¹ dit, en effet : « Il ne faut pas croire que toute société « procède d'un esprit de spéculation. Sans doute, « c'est par cet esprit très licite du reste et très fécond « que naissent et vivent celles qui ont pour but des « opérations commerciales ; mais à coup sûr on ne le « rencontre ni dans les sociétés de tous biens ou de tous « gains, ni même dans certaines sociétés à titre particulier où les parties proposent seulement de diminuer, en s'unissant, les frais qu'entraînerait pour « chacune une action isolée. »

Ces auteurs ont aussi argumenté de la définition que donne M. Planiol du contrat de société : « La « société est le contrat par lequel deux ou plusieurs « personnes mettent en commun, soient leurs biens, « soit leur industrie pour en retirer le profit commun. » Or, ajoute cet auteur, « le profit qu'on peut « retirer de certains biens communs, n'est pas nécessairement un bénéfice en argent, un enrichissement « annuel analogue à celui des commerçants ; ce peut « être aussi le simple usage des choses consistant à « retirer en commun et en nature l'utilité qu'elles « peuvent donner. »

L'argument tiré du droit romain prouve trop pour prouver quelque chose. On a invoqué, en effet, à l'appui de M. Accarias, deux exemples tirés du *Digeste* ² où Ulpien donne deux cas dans lesquels devait

¹ *Précis du droit romain*, tome II, p. 622.

² L. 52, § 12 et 13. Dig. liv. 17, tit. 2

être accordée l'action *pro socio*. Dans un premier cas, deux propriétaires riverains refont ensemble le fossé qui les sépare, c'est par l'action *pro socio* qu'ils devront réclamer le remboursement de leurs dépenses. Dans le second cas, ce sont deux voisins qui construisent à frais communs un mur mitoyen sur le terrain qui limite leurs héritages et dont ils fournissent chacun la moitié.

Et l'on a dit que ces deux exemples suffisent à prouver que le droit romain interprétait le mot bénéfice dans le sens large que nous avons indiqué. Soit.

Mais en législation doit-il en être de même ? et en droit français en est-il de même ? Non ; si bien que la convention par laquelle plusieurs propriétaires s'obligent à faire et à entretenir des travaux pour protéger leurs immeubles contre un danger commun, a été jugée ne pas être une société ¹.

Si dans une situation autrement favorable que les hypothèses du *Digeste* citées par les partisans de la théorie adverse, la jurisprudence décide qu'il n'y a pas société, cela nous dispense de démontrer que dans les deux cas cités, on ne pourrait pas à l'heure actuelle y voir une société ², et que même, si à Rome l'action *pro socio* était dans ces cas admise, cela ne prouve pas du tout qu'il y eût société au sens propre du mot.

Notre ancien droit, d'ailleurs, est en notre faveur. Pothier ³ dit « qu'il est de l'essence du contrat de

¹ Cass., 27 juillet 1880, S. 1881, 1.245 ; J. Pal. 1881, 1.600. Il s'agissait, dans l'espèce, de propriétaires qui s'étaient engagés à construire et à entretenir une digue à frais commun ; la question posée était de savoir s'il fallait appliquer les articles 1865 et 1869 du Code civil.

² Houpin, tome I, p. 2, n° 11.

³ Pothier, *Du contrat de société*, n° 12.

« société que les parties se proposent par le contrat
« de faire un gain ou profit, dans lequel chacune des
« parties contractantes puisse espérer d'avoir part à
« raison de ce qu'elle a apporté à la société. »

C'est en se basant sur cette définition de Pothier que M. Guillouard a pu dire que, dans notre ancien droit, une société ne pouvait exister que si les associés se proposaient de faire un lucre.

Et depuis, la doctrine est unanime à ce point de vue, sauf quelques dissidences.

On a invoqué l'autorité de M. Planiol qui déclare que, à moins de supprimer les articles 1837 à 1841 du Code civil, on est obligé d'admettre l'extension du mot bénéfice, et de lui faire désigner autre chose qu'un bénéfice en argent. Mais l'extension qu'il veut faire subir à ce mot, il n'essaie de la justifier qu'au regard des articles 1837 à 1841 ; et encore reconnaît-il lui-même faire exception à la majorité des auteurs et à la jurisprudence. On ne saurait soutenir qu'il considère comme un bénéfice le fait par les obligataires de se réunir pour, le cas échéant, avoir moins de frais à supporter dans un procès à soutenir, puisqu'il fait entrer seulement dans ce mot « le simple usage des choses, « consistant à retirer en commun et en nature, l'utilité qu'elles peuvent donner », ce qui ne saurait rentrer dans le cas que nous étudions. Et puis, même dans les sociétés prévues par les articles 1837 à 1841, sociétés qu'on rencontre rarement, très rarement dans la pratique, est-il bien vrai que le but des associés n'est pas de réaliser des bénéfices en argent ? La lecture des textes et les principes de la matière semblent bien prouver le contraire.

Pour qu'il y ait société, il faut donc, à notre avis, qu'il y ait idée de spéculation, idée de bénéfice en argent.

C'est par là que la société diffère principalement de l'association. Dans l'association, les parties poursuivent un but commun, mais en excluant toute idée de lucre, d'enrichissement personnel.

Tel est le cas des associations religieuses, des sociétés de courses de chevaux.

Les assurances mutuelles ne sont pas non plus des sociétés. Et s'il était vrai que le bénéfice des obligataires consiste dans le fait de se prémunir contre certaines pertes, nous dirions que, comme les assurances mutuelles qui ont précisément ce but, la synthèse des obligataires constitue une association, mais non une société. Cette conclusion nous suffit pour notre démonstration.

Nous refusons donc d'admettre l'extension de ce mot bénéfice, et nous ne pouvons normalement discuter que sur les avantages pécuniaires dont l'obligataire jouit chaque année. Nous avons dit qu'il n'y avait pas de bénéfices à cause de la fixité du taux de l'intérêt.

Mais M. Thaller ¹ déclare que cela ne l'empêche pas de constituer réellement un bénéfice. Pour lui, le chiffre connu n'est fixe qu'en apparence, en réalité c'est un maximum. Ce chiffre peut baisser dans des proportions qu'il est dès maintenant impossible de prévoir. « Cela arrivera, si l'emprunteur fait faillite et « n'arrive pas à rembourser sa dette, s'il faut, pour le « contraindre à payer, contracter des charges extraor- « dinaires qu'on devra défalquer des recettes avant « toute distribution. Voilà l'aléa. » En un mot, la somme que les obligataires auraient à se partager varierait suivant les circonstances, suivant la marche

¹ M. Thaller, *ubi supra* (Annales 1894, p. 75).

des affaires communes, ce qui est le propre du dividende.

Non, cette conclusion est inexacte. Sans doute, il se peut que l'état des affaires de la société emprunteuse ne lui permette pas de donner aux obligataires l'intérêt convenu. Mais en résultera-t-il que les obligataires seront obligés d'accepter cette diminution ou cette suppression ? Non. Leur droit reste le même ; et s'ils ne sont pas payés de l'intérêt fixé, ils peuvent poursuivre la société et faire déclarer sa faillite, sans être obligés de subir la loi des actionnaires, dont les dividendes sont soumis aux fluctuations des affaires sociales.

Les droits d'un prêteur ordinaire ne sont pas autres. Dira-t-on, s'il est obligé de se priver une année des intérêts qui lui sont dûs par son emprunteur, ou s'il ne les reçoit pas intégralement, qu'il subit une diminution ou une suppression de bénéfices ? L'insolvabilité du débiteur n'a rien à voir ici : si l'état des affaires est normal, le même intérêt fixe sera payé ; si les affaires périclitent, le prêteur aura toujours droit au même intérêt, mais les fonds manquant, il subira une perte.

La société de M. Thaller ne remplissant pas la seconde condition exigée pour qu'il y ait société, c'est-à-dire, l'ensemble des mises ne constituant pas un fonds commun destiné à une exploitation en vue de bénéfices à réaliser, ne saurait donc exister.

Nous n'insisterons pas sur le partage des bénéfices et des pertes. De partage, il n'y en a point. Les intérêts qui, nous le répétons, ne sont point des bénéfices, sont dûs à chaque obligataire individuellement, et leur sont payés directement par la société emprunteuse : il n'y a aucune opération de distribution d'intérêts,

Quant aux pertes, s'il y a faillite, chaque obligataire viendra au marc le franc, comme tout créancier d'un failli. Nous ne trouvons, là non plus, aucun argument en faveur de l'existence d'une société, puisque, au contraire, c'est l'absence d'un nouvel élément de toute société que nous constatons.

Aux trois conditions que nous venons d'étudier, nous en avons ajouté une quatrième que les articles 1832 et 1833 du code civil n'expriment pas expressément, mais qui résultent de la combinaison de ces articles avec l'article 1108, qui exige, en premier lieu, pour la validité d'une convention, le consentement des parties. Nous voulons parler de ce qu'on désigne sous le nom d'*animus* ou *affectio societatis*, et qui n'est autre chose que la volonté de s'associer.

Là repose la critique la plus sérieuse que l'on puisse faire du système de la société de prêteurs de M. Thaller.

« L'intention de créer une telle société, nous dit
« M. Brandeis, ne se rencontre ni chez la société
« emprunteuse, ni chez les souscripteurs d'actions. La
« société emprunteuse désire se procurer un capital
« déterminé... A qui promet-elle de payer les intérêts
« du prêt et à qui les paie-t-elle en réalité? A chaque
« obligataire...; au regard de la société qui emprunte,
« la conception d'une société prêteuse est une fiction,
« une subtilité juridique qui ne répond nullement aux
« faits et aux intentions. »

La communauté de débiteur, l'égalité et la simultanéité des créances, n'ont jamais fait naître entre créanciers l'ombre d'une société.

Un exemple le fera mieux comprendre : Supposons un particulier, un commerçant qui, sans être au-dessous de ses affaires, a besoin momentanément d'une

somme de 100.000 francs, soit pour remettre son entreprise à niveau, soit pour étendre ses opérations commerciales. Il va trouver quatre personnes de sa connaissance et leur emprunte à chacune 25.000 francs. Ces quatre personnes ont bien le même débiteur; leurs créances sont bien égales et simultanées; on peut même supposer qu'elles ont accepté d'être remboursées dans un temps déterminé par la voie du tirage au sort. Dira-t-on que *ipso facto* elles sont devenues associées? Non, car elles n'ont pas voulu s'associer, il n'y a pas entre elles d'*affectio societatis*. Eh bien, pourquoi le dire des obligataires, qui se trouvent absolument dans la même situation.

Cette manière de voir est certainement exacte. Il semble qu'une sorte de convention tacite s'oppose à ce qu'on adopte la solution du système qui admet l'existence d'une société se fondant de plein droit entre les obligataires.

Lorsqu'une personne fait un acte, il est raisonnable de penser qu'elle a voulu lui faire produire les conséquences qu'elle a pu prévoir, lors de son accomplissement.

Il n'y a aucune difficulté lorsque les parties, lors de cet acte, se sont formellement exprimées.

Lorsqu'elles ont gardé le silence, elles sont censées avoir accepté l'interprétation et les conséquences qu'indique la loi, et celles qui, en l'absence de tout texte, sont admises par l'usage et apparentes dans les décisions de la jurisprudence.

Or, dans notre hypothèse, les obligataires n'ont rien stipulé expressément, la loi est muette et la jurisprudence se refuse à voir dans le contrat intervenu cette intention de s'associer. Si les obligataires n'ont

pas eu l'idée de s'associer, comment pouvoir dire qu'ils ont contracté une société.

C'est pour ces raisons que dans l'état actuel des choses, il est impossible de décider qu'une société se forme de plein droit entre les souscripteurs d'une même émission.

C'est la condamnation du système de M. Thaller que nous venons de prononcer.

CHAPITRE CINQUIEME

Système du prêt à intérêt

PREMIÈRE SECTION

EXPOSÉ DU SYSTÈME

Après avoir exposé et réfuté les quatre théories auxquelles a donné naissance l'étude juridique du contrat d'obligation, il nous reste à en exposer la véritable nature. Notre solution, nous l'avons depuis longtemps fait pressentir, et ce n'est pas la première fois que nous disons que le contrat d'obligation n'est autre chose qu'un prêt à intérêt.

Nous faisons ainsi pleine adhésion à la doctrine française ¹ classique qui voit dans l'obligataire un

¹ Voir notamment : Aubry, nos 93 à 96, p. 90 à 95 ; Berr, chap. I^{er} ; Boistel, n° 240, p. 171 ; Buchère, *Val. mob.*, nos 26 et s., p. 12 ; Deloison, *Soc.*, I, nos 285 et s., p. 346 et s., et *Val. mob.*, n° 149, p. 135 ; Demasure, n° 144, p. 175 ; de l'Epine, chap. II, p. 17 à 32 ; de Folleville, n° 216, p. 374 ; Houpin, I, n° 74, p. 36 ; Juglar, p. 3 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, I, n° 378, p. 185, et *Traité*, II, n° 562, p. 368 ; Lenfantin, chap. I ; Planiol, note sous trib. féd. suisse, 4^{er} mars 1890, D P. 1892. 2. 169 ; Rod. Rousseau, *Soc.*, I, n° 1.381, p. 518 ; Ruben de Couder, voir *Société anonyme*, VI, n° 198, p. 386 ; Vavasseur, *Soc.*, I, nos 241 et s., p. 357 et s. ; Wahl, I, n° 461, p. 321 et 322.

simple prêteur à intérêt. L'obligataire, en effet, a fourni à la société une certaine somme d'argent, remboursable dans un délai maximum déterminé; et il reçoit, en échange de la prestation qu'il a effectuée, un intérêt fixe jusqu'au jour du remboursement.

Des circonstances extérieures ont pu induire en erreur quelques auteurs et les tribunaux. Mais les considérations économiques dans lesquelles se présente ce contrat, ne doivent influencer en rien sur sa nature juridique. L'unité de l'emprunt, le sort commun réservé à tous les obligataires également associés à la fortune de leur débiteur, la longueur du délai stipulé pour le remboursement, et les risques inhérents aux prêts industriels à long terme, enfin la délivrance d'un titre négociable au jour du versement, toutes ces circonstances, qui donnent à l'emprunt par voie d'obligations un caractère économique particulier, ne doivent pas entrer en ligne de compte pour l'appréciation de la nature juridique du contrat d'obligation.

Les obligataires sont des créanciers individuels indépendants les uns des autres, qui ont consenti à prêter leurs capitaux à une société industrielle ou commerciale, moyennant un intérêt annuel déterminé par le contrat. Il n'y a rien à voir au delà.

Il n'existe donc entre eux, aucun lien de droit. Ils peuvent dans certains cas, si la société n'exécute pas ses engagements, avoir un intérêt commun à l'effet de la contraindre à remplir ses promesses, mais l'exercice de ce droit reste personnel à chacun d'eux, et la défense d'un intérêt commun ne suffit pas pour donner un caractère légal à la réunion de personnes se concertant pour cette défense.

Au regard de la loi, il y a donc autant de prêts distincts qu'il y a d'obligations émises, quel que soit le

nombre des prêteurs ; chaque contrat est indépendant, réunit à lui seul les éléments essentiels d'une convention valable.

Est-ce à dire que c'est un contrat de prêt à intérêt à physionomie toujours aussi simple qu'un contrat de prêt ordinaire ? Non. Le contrat qui nous occupe contient fréquemment d'autres conventions expresses ou tacites qui viennent en compliquer la nature, et que les faits seuls permettent de découvrir. C'est ainsi qu'à côté du contrat principal de prêt à intérêt, on trouve souvent une sorte de pacte adjoint, qui a pour objet de remplacer une partie des intérêts par le droit de participer à certains tirages. C'est ce qui a lieu notamment pour les obligations à primes ou à lots. Mais, dans ces cas, si le contrat est plus complexe, sa nature ne change pas.

Autre différence : tandis que le droit de créance ordinaire est divisible, le droit de l'obligataire est indivisible ; nous avons déjà eu l'occasion de noter ce caractère de l'obligation. Quelquefois les sociétés émettent des coupures d'obligations qui ne sont que des fractions de ces valeurs ; ces coupures sont prévues soit par les statuts, soit par l'assemblée générale qui a voté l'emprunt ; mais les héritiers d'un obligataire ne pourraient pas se partager un titre qu'ils auraient trouvé dans la caisse du *de cujus*.

Qu'est-ce alors qui distinguera l'obligation du prêt à intérêt ordinaire ? Ce sera la division de l'emprunt en fractions égales, réparties entre plusieurs prêteurs différents. Hâtons-nous d'ajouter que l'obligation existera, dès que ces caractères se rencontrent, encore que le mot ne soit pas employé, et les valeurs connues généralement sous la dénomination de bons, annuités..... ne sont le plus souvent que des obligations.

Notons aussi que le droit de l'obligataire diffère de celui d'un créancier ordinaire au point de vue de ses modes de cession. Au lieu d'appliquer aux obligations purement et simplement les articles 1689 et 1690 du code civil, on leur applique les procédés de cession des actions, qui varient suivant qu'elles sont au porteur, nominatives ou à ordre. Nous avons déjà expliqué ces modes de transmission, lorsque nous avons donné, dans le système de l'obligataire-associé, les ressemblances qui existent entre les obligations et les actions. C'est la pratique et l'usage qui ont créé cette manière de faire pour sa commodité et pour sa simplicité, aucune loi ne régissant les obligations.

Ajoutons qu'à la différence du prêt ordinaire, il n'y a pas dans le contrat d'obligation de débat contradictoire entre les parties : c'est l'emprunteur, non le prêteur qui fait la loi, qui impose ses conditions, attendu que le créancier, l'obligataire est, à défaut de toute règle de publicité, dans l'impossibilité de se rendre un compte exact du crédit de la société : de là il résulte que, contrairement au droit commun, c'est le prêteur qu'il faut protéger.

Nous n'insisterons pas, non plus que sur d'autres différences relatives à la longueur du terme et au mode de remboursement : ces caractères dénotent une nature économique particulière, mais ne regardent en aucune façon la nature juridique du contrat.

Droit de créance distinct pour chaque obligataire, indivisible, ayant un mode spécial de cession suivant la nature du titre qui la représente, d'un remboursement plus long et particulier, l'obligation est encore un droit mobilier. L'article 529 du code civil pose en principe que : « sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet

« des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les
« actions ou intérêts dans les compagnies de finance,
« de commerce ou d'industrie, encore que des immeu-
« bles dépendants de ces entreprises appartiennent
« aux compagnies. »

Sans doute l'expression « obligation », employée par ce texte, ne doit pas être prise dans le sens que nous avons attribué à l'obligation qui nous occupe. A l'époque de la rédaction de nos codes, on ne connaissait pas, en effet, les obligations que nous étudions ; et l'on admet généralement que, dans l'article 529, le mot « obligations » est synonyme de dettes, de même que le mot « actions », qui figure dans le texte, est synonyme de créances. Mais l'obligation, telle que nous l'avons définie, est bien un droit de créance « ayant pour objet des sommes exigibles », et comme tel, il rentre bien dans l'énumération de la loi. C'est donc un droit mobilier.

DEUXIÈME SECTION

CARACTÈRES DU CONTRAT

Après avoir donné la nature exacte du contrat d'obligation et du droit de l'obligataire, il nous reste à rechercher les caractères de ce contrat, comme nous l'avons fait pour le contrat de souscription d'obligation.

A la différence de ce dernier, qui est consensuel, le contrat d'obligation est *réel, re perficitur* : il n'existe que lorsque les fonds ont été remis à la société emprunteuse. Nous avons longuement étudié ce caractère dans notre première partie, nous nous bornons à le mentionner ici à nouveau.

Si le contrat d'obligation est réel, parce qu'il n'est

qu'un prêt, comme tel, il est aussi *unilatéral*, et rentre dans les termes de l'article 1103 du code civil. Le contrat d'obligation n'engendre, en effet, d'obligation que d'un seul côté, du côté de la société emprunteuse qui s'oblige à restituer. Quant à l'obligataire, il ne contracte aucune obligation ; il se borne à accomplir un fait ; il *preste* une somme. Avant que cette prestation soit effectuée, il n'y a pas encore contrat d'obligation : au moment où elle s'effectue, le contrat se noue, et nous voyons que l'emprunteur se trouve immédiatement obligé envers l'obligataire, alors que celui-ci n'est nullement obligé envers le premier. L'appoint que chaque partie apporte dans le contrat, consiste donc en une prestation d'une part, en une obligation de l'autre. La société emprunteuse étant seule obligée envers l'obligataire, le contrat d'obligation est donc bien un contrat unilatéral.

C'est un contrat *commutatif*, car l'obligation que contracte l'emprunteur de payer des intérêts, soit d'une façon normale, comme dans les obligations pures et simples, soit d'une façon particulière, comme dans les obligations à primes ou à lots, est considérée comme la juste rémunération et l'équivalent de la prestation du montant de l'obligation. Comme tel, le contrat d'obligation n'est pas un contrat *aléatoire*. La jurisprudence a bien voulu en faire un prêt à intérêt aléatoire ; mais nous avons longuement discuté et réfuté cette théorie. Nous n'insisterons pas.

Il est bien évident que c'est un contrat à *titre onéreux*, puisqu'il permet à l'obligataire de tirer un revenu de son capital, et à la société emprunteuse d'obtenir la jouissance du capital.

Mais le contrat d'obligation est-il un contrat *civil* ou un contrat *commercial* ?

Cette question ne doit se poser, bien entendu, que si les obligations ont été émises par une société de commerce. Si elles l'avaient été par une société civile ou par l'état, un département ou une commune, cette question n'aurait pas de raison d'être, le contrat étant évidemment civil.

Dans notre hypothèse, il est indiscutable que le contrat présente un double caractère. Pour la société qui emprunte dans le but de subvenir aux besoins de son commerce, l'acte a bien certainement un caractère commercial, tandis que pour les obligataires, simples bailleurs de fonds, l'acte est non moins certainement une opération purement civile.

Aussi dirons-nous que le contrat d'obligation est un contrat *mixte* : civil pour l'obligataire qui prête, il est commercial pour la société de commerce qui emprunte.

Il est important de relever le double caractère de ce contrat à cause des difficultés qui ont été soulevées au sujet de la juridiction compétente pour en connaître.

Le doute naît de ce que l'article 631 du Code de commerce, énumérant les matières qui sont du ressort des tribunaux de commerce, emploie dans son troisième alinéa des termes un peu vagues, en disant « de celles (des constatations) relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. »

Trois systèmes ont été proposés. L'un, se fondant sur la généralité de ces mots qui ne distinguent pas si l'une des parties a ou n'a pas fait un acte de commerce, enseigne que les tribunaux de commerce sont toujours compétents pour les actes commerciaux à l'égard de l'une des parties seulement.

Un autre donne au contraire compétence exclusive aux tribunaux civils qui sont les tribunaux de droit

commun. L'article 631 du Code de commerce ne vise, d'après lui, que les actes qui sont commerciaux pour les deux parties. Les autres cas, le nôtre notamment, ressortissent donc des tribunaux civils et non des tribunaux de commerce.

Enfin, un troisième système, auquel nous n'hésitons pas à nous rallier, enseigne que celle des parties qui a fait un acte civil, l'obligataire dans notre hypothèse, a le choix entre les deux juridictions. Les garanties du droit commun ne lui étant enlevées par aucun texte, elle a le droit de n'être jugée que par le tribunal civil. Que si, voulant y renoncer, cette partie accepte la juridiction commerciale, son adversaire n'a aucune raison pour se plaindre, puisqu'il s'est soumis à cette juridiction en faisant acte de commerce. C'est à cette théorie que s'est rangée la jurisprudence ¹.

Mais il est évident que le choix entre les deux juridictions n'appartient à l'obligataire qu'autant qu'il n'y a pas renoncé, ce qui aura lieu notamment lorsque la société, en émettant son emprunt, aura eu soin d'avertir qu'elle entendait porter devant la juridiction commerciale les contestations qui naîtraient à l'occasion de cet emprunt.

Avec ces explications sur les conséquences, d'une pratique fréquente, de ce caractère civil et commercial suivant le point de vue auquel on se place, nous en aurions terminé de l'étude de la nature juridique du contrat d'obligation, si nous ne devions consacrer quelques pages aux obligations qui sont munies de sûretés particulières; ce que nous ferons dans un appendice à la deuxième partie.

¹ Cass. 21 juillet 1873. D. P. 74, 1, 264.

APPENDICE

à la Deuxième Partie

L'obligataire n'étant qu'un simple prêteur à intérêt qui devient créancier de la société qui emprunte, jouit nécessairement de toutes les garanties que la loi accorde à un créancier ordinaire à l'encontre de son débiteur. On doit appliquer ici les articles 2092 et 2093 du code civil : la société qui s'est ainsi obligée personnellement, est tenue de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ; ils deviennent le gage commun de tous ses créanciers. La dette contractée par la société se trouvant ainsi, de son essence, purement chirographaire, les obligataires doivent subir le concours des autres créanciers. Nous venons d'analyser de la sorte un autre caractère juridique du contrat d'obligation.

Mais si les sociétés n'avaient à offrir à leurs obligataires que leur promesse de payer les intérêts et de rembourser le capital, on ne pourrait pas dire que les placements en obligations sont de tout repos. Heu-

sement, les sociétés, comme les individus, peuvent donner des sûretés à leurs prêteurs, à leurs obligataires. Ces sûretés sont de deux sortes : elles sont personnelles ou réelles.

*
* *

Appliquée aux obligations, la sûreté personnelle se conçoit sans difficulté : elle n'est en effet rien autre chose que le cautionnement ordinaire : elle existera donc toutes les fois qu'un tiers, capitaliste, banque ou société de crédit, s'obligera à payer les intérêts et à effectuer le remboursement du capital, au cas où l'emprunteur ne pourrait le faire aux époques convenues. Mais, nous le reconnaissons de suite, les sociétés ordinaires emploient très rarement ce mode de garantie. Pour les compagnies de chemins de fer, qui emploient des capitaux énormes, c'est au contraire une pratique générale, avec cette différence toutefois, que ce n'est pas un banquier qui cautionne leurs engagements, mais bien l'Etat lui-même. L'Etat garantit les intérêts : c'est le système de la garantie des intérêts, qui fonctionne encore aujourd'hui depuis la loi du 11 juin 1859.

Deux mots à ce sujet. Si les terrains occupés par les voies ferrées et par les constructions édifiées pour les besoins de leur exploitation, appartenaient aux compagnies, le gage qu'elles offriraient à leurs obligataires serait des plus sérieux. Mais tel n'est pas le cas. Les chemins de fer font partie du domaine public, et, comme tels, sont inaliénables et imprescriptibles. Les obligataires de ces compagnies ne pourraient exercer sur eux le droit qu'a tout créancier sur les biens de son débiteur ; ils ne pourraient poursuivre leur remboursement que sur le matériel fixe et roulant, qui

n'est pas immeuble par incorporation ou par destination. Par suite, leurs droits seraient pour ainsi dire illusoires. Aussi, comprend-on facilement qu'à un moment donné, les capitalistes aient refusé de prêter leur argent aux compagnies de chemins de fer ; car ils n'avaient plus foi en leur solvabilité. Ceci se passait lors de la crise financière de 1857. Le remède était dans la garantie des intérêts. L'Etat n'hésita pas, et il se porta, alors et depuis, garant envers les obligataires de l'intérêt par eux stipulé.

La nature juridique des obligations munies de sûretés personnelles n'a pas changé. Nous sommes toujours en présence d'un contrat de prêt à intérêt, mais ce contrat principal est doublé d'un contrat accessoire, d'un cautionnement ; et pour bien préciser les caractères de ce contrat, nous dirons, sans entrer dans les détails, qu'il est consensuel, unilatéral et ordinairement de bienfaisance.

Le droit de l'obligataire sera ainsi plus fort, puisque l'engagement du débiteur se trouve doublé de celui de la caution, et puisqu'il a deux débiteurs au lieu d'un. Il faudra que l'un et l'autre deviennent insolvable, pour qu'il perde le montant de sa créance.

* *

Si nous avons pu facilement concevoir une sûreté personnelle venant s'ajouter à la garantie ordinaire qu'offre la créance purement chirographaire des obligations émises par une société, l'adjonction d'une sûreté réelle donne lieu à de grosses difficultés à cause du caractère au porteur ou à ordre de la plupart des obligations.

Nous n'entrerons pas toutefois dans l'examen et la

discussion de ces difficultés, qui sortent du cadre de notre étude. Aussi bien la question a-t-elle été traitée avec beaucoup de talent, notamment par M. Garnot dans sa thèse sur les « obligations ¹ hypothécaires au porteur ».

Nous supposons donc résolues toutes ces difficultés, et nous admettons qu'il est possible à une société, dans l'état actuel de notre droit, de constituer une hypothèque sur ses biens au profit de ses obligataires, qui pourront, nonobstant cette sûreté réelle, négocier leurs titres d'après les formes usuelles, par transfert, par endos ou par simple tradition, et passer ainsi avec leur droit de créance, leur droit d'hypothèque.

La nature du contrat d'obligation, et c'est le seul point qui nous intéresse, ne change pas ; même en ce cas. C'est toujours un contrat de prêt à intérêt.

Est-ce à dire que le contrat *accessoire* d'hypothèque ne modifie pas le droit de l'obligataire. Le soutenir serait nier son utilité.

L'hypothèque, en effet, confère aux obligataires un droit réel sur l'immeuble affecté, droit qui leur permettra d'en poursuivre la vente en quelques mains qu'il passe et de se faire payer sur le prix, par préférence et selon le rang de l'inscription.

Le contrat d'obligation hypothécaire donne donc un *droit réel* entraînant le droit de suite et le droit de préférence.

¹ Qu'on ne se trompe pas, le mot *obligation* employé ici ne veut pas désigner le titre connu sous le nom d'obligation et émis par les sociétés, titre ainsi désigné en vertu de l'usage et opposé à l'action. L'étude de M. Garnot porte sur les obligations, en tant qu'elles désignent les titres de créances rédigés par les notaires, emportant hypothèque conventionnelle et revêtus de la formule exécutoire. Le sujet de M. Garnot est donc plus vaste et son étude porte sur tous les titres au porteur munis de sûretés réelles.

Ce droit est-il *mobilier* ou *immobilier* ?

On a longuement discuté sur cette question ; et le désaccord est survenu, croyons-nous, surtout de ce qu'on s'est placé à un point de vue différend. Les uns, s'attachant uniquement à la nature du droit d'hypothèque, en ont fait un droit immobilier ; les autres, se basant seulement sur son caractère de droit accessoire, en ont fait un droit tantôt mobilier, tantôt immobilier, suivant la nature mobilière ou immobilière du droit principal.

C'est à cette seconde théorie que nous nous rallions : et le droit que confère l'hypothèque attachée à une obligation, quoique portant sur des immeubles, est mobilier, d'après nous, parce qu'il est l'accessoire d'un droit mobilier, car l'obligation, ainsi que nous l'avons déjà vu, rentre bien dans l'article 529 du code civil, qui énumère les meubles par la détermination de la loi.

La dernière question que nous voulions étudier est celle de savoir si, dans les obligations hypothécaires, le droit d'hypothèque est un droit propre à l'obligataire, qui peut, après l'échéance fixée au contrat primitif, l'exercer lui-même, ou non.

« Cette sûreté, a-t-on ¹ dit, garantit la totalité de
« l'emprunt..... Il n'y a qu'une seule hypothèque indi-
« vise entre tous les souscripteurs, garantissant l'en-
« semble de leurs créances ; dès lors, l'administration
« et l'usage de cette sûreté ne peuvent appartenir
« qu'à l'ensemble des obligataires ou à leurs délé-
« gués ». Sans doute, il n'y a pas autant d'hypothèques distinctes que de créances distinctes ; mais pourquoi empêcher l'exercice individuel de ce droit ? Ne peut-on pas exercer un droit à concurrence de la part

¹ Brandéis. *De la protection des obligataires dans les sociétés commerciales*. Thèse, Dijon, 1900, p. 156.

que l'on a en lui ? Pourquoi changer la nature juridique du contrat d'obligation ? Pour nous, il y a autant de créances que d'obligataires, et chaque obligataire hypothécaire a le droit, le cas échéant, d'exercer l'hypothèque attachée à ses obligations à concurrence du montant de sa créance. *Est tota in toto, et tota in qualibet parte.*

CONCLUSION

Le contrat de souscription d'obligation est une promesse de prêt ; le contrat d'obligation est un prêt ; et chaque souscripteur, chaque obligataire promet de prêter ou prêter isolément. Telle est la théorie que nous avons soutenue.

L'étude des droits des obligataires vis-à-vis de la société emprunteuse compléterait très bien l'étude de la nature juridique du contrat d'obligation, en la faisant encore ressortir davantage.

Comme tout prêteur, en effet, l'obligataire a droit à des intérêts fixes, au remboursement de son capital, à la négociation de son titre, à produire comme créancier social en cas de faillite.

Mais nous n'insisterons pas sur ces conséquences du droit qu'a donné à l'obligataire le contrat intervenu entre la société et lui, estimant qu'il est plus intéressant de voir quelles réformes on devrait introduire dans la législation des obligations, en partant de l'idée de prêt, idée résultant de l'analyse juridique de la nature du contrat d'obligation.

Ce sera l'objet de notre conclusion.

I. — Les sociétés commerciales sont des personnes morales qui ont la même vie juridique et économique que les particuliers. Le prêt qu'on leur fait, en se

libérant d'une souscription d'obligations, ne doit pas différer de celui que l'on fait à un individu. Ils sont rares les étrangers et même les amis qui prêtent à un commerçant, à un particulier, sans proportionner, sans mesurer le prêt aux forces du patrimoine de l'emprunteur. Il faut qu'il y ait, du moins dans une certaine mesure, égalité entre les sommes prêtées et les facultés mobilières ou immobilières du débiteur, de telle façon que, si la créance n'est pas payée à l'échéance, le prêteur puisse néanmoins en opérer le recouvrement, en usant des moyens de coercition réglementés par la loi. De même, il faudrait que la société qui émet des obligations offre, au moment même où se forme le contrat d'obligation, une surface suffisante pour assurer aux obligataires, grâce à son fond social, le remboursement de l'emprunt.

Le remède consisterait à réglementer légalement l'exercice de l'emprunt par voie d'obligations. Pourquoi, dira-t-on, légiférer à ce sujet ? Pour les transactions ordinaires, aucune loi ne réglemente le droit d'emprunter ni celui de prêter. Sans doute, mais, reconnaissons-le, les capitaux qu'un particulier peut emprunter sont forcément restreints et limités, et d'autre part les prêteurs ordinaires se renseignent, ou du moins peuvent se renseigner. Le mal se trouve ainsi conjuré dans une certaine mesure.

Une loi serait, au contraire, indispensable pour les sociétés; car les sommes que peuvent emprunter ces sociétés sont parfois énormes, et, d'un autre côté, ces emprunts s'adressent souvent à plusieurs nations dont les capitalistes ne peuvent pas se renseigner utilement sur la valeur de la société débitrice.

Réformant la pratique actuelle, une loi devrait, nous semble-t-il, défendre aux sociétés d'emprunter une

somme supérieure et même égale à celle formée par son capital ; peut-être même serait-il bon de limiter l'importance des emprunts à une fraction du capital social, telle que les trois quarts ou les quatre cinquièmes.

II. — Défense aussi devrait être faite à une société d'émettre des obligations, avant complète libération de ses actions, comme aussi au temps de sa constitution.

M. Tolain, lors de la discussion au Sénat du projet de loi de 1883, avait proposé cette idée.

Les raisons sur lesquelles il se basait alors, lui, sont, il est vrai, disparues ; car depuis la loi de 1893, les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération, de telle façon qu'on sait à qui réclamer le paiement des quarts non libérés. On n'a donc plus à craindre le défaut de garantie de l'emprunt par un fond social, dont la plus grande partie pouvait être irrécouvrable. Il y a plus de sécurité.

M. Arnault, dans son rapport, au nom de la commission extra-parlementaire, au sujet du projet de 1884, était d'une opinion opposée à celle de M. Tolain. Il essayait de justifier son avis par la liberté que doit avoir toute personne physique ou morale d'emprunter. Il prévoyait aussi des cas où, par suite de la situation économique du pays, et notamment de la modicité du taux de l'intérêt, il pouvait être avantageux à la société d'emprunter, sans faire rentrer les quarts non libérés des actions.

Mais ne sont-ce pas là des considérations plus théoriques que pratiques ? N'est-il pas plus logique qu'une société fasse rentrer toutes ses créances, avant d'emprunter elle-même, et quitte au besoin à emprunter après, mais seulement lorsqu'elle s'est servie de tou-

tes ses disponibilités. Les fraudes sont si faciles et si fréquentes en cette matière, qu'il semble préférable de paralyser, dans une certaine mesure, la liberté qu'a toute personne d'emprunter quand bon lui semble, à la condition toutefois de trouver des prêteurs, pour assurer plus de sécurité au placement des capitaux par voie d'obligations.

III. — Les créanciers ordinaires ont, aux termes des articles 1166 et 1167 du code civil, le droit d'exercer les droits et actions de leurs débiteurs, et aussi le droit d'attaquer les actes passés par eux en fraude de leurs droits.

Virtuellement, les obligataires bénéficient de ces articles, mais, en fait, il leur est impossible d'en user. Comment pourraient-ils connaître les droits et actions de la société emprunteuse? Comment pourraient-ils attaquer un acte frauduleux pour leurs droits? puisqu'ils sont sans contrôle aucun.

Aussi pour remédier à cet état de choses, devrait-on admettre que les obligataires pourraient, dans les mêmes conditions que les actionnaires, prendre connaissance de l'inventaire dressé annuellement par la société, se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire, et du rapport des commissaires présenté à l'assemblée générale annuelle des actionnaires. Ils pourraient également exiger communication ou copie des procès-verbaux de toutes les assemblées générales d'actionnaires ¹.

Ils auraient ainsi la faculté d'attaquer devant les tribunaux, les votes de l'assemblée générale, tels que ceux qui décideraient des émissions d'obligations abusives, la fusion de la société avec une autre société

¹ Voir dans le même sens l'article 81 du projet de loi de 1884 sur les actions et les obligations.

dont la solvabilité serait douteuse ou tout autre acte frauduleux.

Les obligataires seraient ainsi vis-à-vis de la société emprunteuse dans la même situation effective que les prêteurs ordinaires vis-à-vis de leurs débiteurs. Puisqu'ils ne sont que des créanciers purs et simples, on devrait introduire cette réforme qui leur permettrait de pouvoir se servir réellement et non plus nominale-ment, des articles 1166 et 1167 comme tout autre créancier.

IV. — C'est aussi pour rendre effectif leur droit de poursuivre la société en justice comme tout créancier, que l'on devrait accorder la personnalité civile à tout groupement d'obligataires formé en vue de défendre leurs droits d'une façon permanente ou temporaire. ¹ On ferait ainsi échec à la règle : « Nul ne plaide par procureur en France », qui restreint manifestement l'initiative des obligataires dans d'étroites limites. Ce n'est pas, en effet, un ou deux obligataires qui peuvent engager des procès importants contre la société débitrice. La longueur des débats, les frais considérables paralysent vite les meilleures volontés, lorsque ces volontés ne peuvent pas s'appuyer et se renforcer sur le nombre. Un groupement, au contraire, donne plus de force et plus de moyens d'action. Dans quelles conditions un groupement d'obligataires aurait-il la personnalité civile ? ce serait une question de détail qui serait bien vite résolue.

Avec une telle réforme disparaîtraient pour jamais, les controverses multiples et nombreuses, qui s'agitent au sujet des assemblées, des groupements d'obliga-

¹ Voir l'exposé des motifs du projet de loi déposé à la chambre le 18 décembre 1893 par MM. Gerville Réache et Montaut pour constituer les obligataires de Panama en société civile.

taires. Il y aurait plus d'uniformité dans la pratique, et bien des procès évités.

Ce serait aussi faire disparaître les difficultés considérables qui se présentent, lorsque la société veut accorder une hypothèque ou une autre sûreté réelle ou personnelle à ses obligataires en garantie de leurs créances. Les systèmes les plus variés se sont faits jour pour permettre et faciliter une telle situation : les uns plus pratiques, les autres plus juridiques, mais tous en contradiction avec le droit actuel sur les hypothèques et autres sûretés.

Les obligataires pouvant se réunir en assemblée nommeraient un ou plusieurs d'entre eux, qui auraient qualité pour provoquer et consentir, au nom de tous les porteurs d'obligations ou de tous les souscripteurs d'une émission, les actes relatifs aux sûretés réelles garantissant l'emprunt fait ou à faire. Ils ne pourraient cependant accomplir d'actes de disposition ou donner à la société main levée totale ou partielle, sans en avoir obtenu préalablement l'assentiment de l'assemblée des obligataires, qu'ils convoqueraient dans des formes à préciser ¹.

Leurs pouvoirs dureraient jusqu'à l'assemblée annuelle suivante, ils seraient rééligibles, et en cas de mort, seraient remplacés par une assemblée extraordinaire réunie à cet effet à la requête d'un nombre à fixer d'obligataires diligents.

Telles seraient, à notre avis, les réformes à introduire dans la législation des obligations, qui toutes découlent de cette idée de prêt que nous nous sommes proposés de faire ressortir au plus haut point dans cette étude. Par elles serait fortifié le droit de

¹ Voir en ce sens l'article 83 du projet de 1884.

l'obligataire, par elles l'obligataire aurait le bénéfice de plus de cohésion, et néanmoins l'initiative particulière aurait un vaste champ d'action ¹. Ce serait donc un moyen de vitalité plus grande encore pour la manifestation juridique des droits des obligataires.

¹ L'article 87 du projet de 1884 disait pareillement ; « Les dispositions du présent titre ne font pas obstacle à l'exercice des actions individuelles appartenant à chaque porteur. »

Vu :

LE PROFESSEUR, PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
E. BOUVIER.

Vu : LE DOYEN DE LA FACULTÉ,
CAILLEMER.

Permis d'imprimer :

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE,
PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ,
JOUBIN.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.....	Pages 9
INTRODUCTION.....	13

PREMIÈRE PARTIE

NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT DE SOUSCRIPTION D'OBLIGATION

1 ^{re} Section. — Naissance du contrat.....	19
2 ^e Section. — Nature juridique du contrat..	23

DEUXIÈME PARTIE

NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT D'OBLIGATION

Exposé de la question et division	41
CHAPITRE I ^{er} . — Système de l'obligataire-associé	43
1 ^{re} Section. — Exposé du système	43
2 ^e Section. — Jurisprudence	48
3 ^e Section. — Réfutation	50
CHAPITRE II. — Système du prêt aléatoire....	53
1 ^{re} Section. — Exposé du système	53
2 ^e Section. — Discussion et réfutation....	57
3 ^e Section. — Origine du système. — Obligations à primes.....	64
4 ^e Section. — Obligations à lots	69

	Pages
CHAPITRE III. — Système de la vente.....	71
1 ^{re} Section. — Exposé et origine du système	71
2 ^e Section. — Discussion et réfutation de l'idée de vente.....	75
3 ^e Section. — Discussion et réfutation des théories d'origine.....	80
4 ^e Section. — Théorie du contrat.....	86
5 ^e Section. — Droit étranger.....	89
CHAPITRE IV. — Système du prêt collectif ou de la société de prêteurs.....	91
1 ^{re} Section. — Exposé et origine du système	91
2 ^e Section. — Théorie de M. Thaller.....	95
3 ^e Section. — Discussion et réfutation.....	100
CHAPITRE V. — Système du prêt à intérêt....	113
1 ^{re} Section. — Exposé du système.....	113
2 ^e Section. — Caractères du contrat.....	117
APPENDICE à la deuxième partie.....	121
CONCLUSION.....	127

